CORSO

DI

CODICE CIVILE

DEL SIG. DELVINCOURT

AVVOCATO DELLA CORTE REALE E DECANO DELLA
FACOLTÀ DI DRITTO DI PARIGI

Novellamente tradotto dall' ultima edizione francese
ed accompagnato dalla nuova giurisprudenza civile
del Regno delle due Sicilie.

VOLUME VI.

NAPOLI, 1824.
DAI TORCHI DI SAVERIO GIORDANO.

Si vende { *in Napoli nella libreria di B. Borel al Largo del Gesù nuovo*
in Palermo presso il librajo Carlo Beuf in via Toledo.

LIBRO TERZO.

DEI DIFFERENTI MODI COI QUALI SI ACQUISTA LA PROPRIETÀ.

TITOLO V.

DEI CONTRATTI O DELLE OBBLIGAZIONI CONVENZIONALI IN GENERALE (1).

Nell' antico dritto i contratti, anche quelli che avevano per oggetto diretto di trasferire la proprietà (2), non la trasferivano però immediatamente e da loro medesimi (3); era inoltre mestieri che vi fosse la tradizione. Nel sistema attuale, queste sorta di contratti trasferiscono la proprietà da se stessi, e senza che siavi bisogno di tradizione. Questo principio è consacrato dagli articoli 938 *862*, 1138 *1092*, e 1583 *1428*, del codice (4). Questi contratti furono dunque giustamente annoverati tra i modi di acquistare la proprietà (5). Ma da un' altra parte, siccome era impossibile di separare le regole comuni a tutti i contratti, si è creduto doverne riunire i principj generali sotto un medesimo punto di vista. Ecco ciò che forma l' og-

getto del presente titolo, le disposizioni del quale si applicano in conseguenza, non solo ai contratti traslativi di proprietà, ma eziandio a tutte le obbligazioni convenzionali (6) in generale.

Quanto ai principj particolari ad ogni contratto, essi vengono collocati e disposti in altrettanti titoli separati; e quelli che concernono le transazioni commerciali, sono rimessi al Codice di commercio.

1107
1061

Il contratto non essendo oggetto di dritto che sotto il rapporto dell' obbligazione che esso produce, è quindi necessario di conoscere preliminarmente quello che deesi intendere per obbligazione.

L' obbligazione può definirsi *un vincolo di diritto, che impone ad una o più persone la necessità di dare, di fare, o di non fare qualche cosa.*

Un vincolo: imperciocchè è chiaro che non vi è obbligazione per parte di colui che conserva l' intiera libertà (7) di fare o di non fare, di dare o di non dare la cosa di cui si tratta. Ne deriva quindi la massima, che l' oggetto della obbligazione è sempre la cosa che il creditore ha dritto di domandare, e che relativamente a questa cosa può egli in diffinitivo costringere il debitore all' esecuzione (8). Ne deriva eziandio che l' obbligazione contratta sotto una condizione dipendente da un atto puro e semplice (9) della volontà del debitore, è nulla.

1174
1127

Di diritto: o solamente *naturale*; o *civile* soltanto, o *di entrambi* insieme; d' onde ri-

sulta la divisione delle obbligazioni in puramente naturali, puramente civili, e miste (10).

L' obbligazione puramente naturale è quella che obbliga nel foro della coscienza quegli che l' ha contratta, ma per l' esecuzione della quale la legge civile non dà azione, o la dà inefficace (11). Tale è l' obbligazione risultante da un debito di giuoco (12), quella contratta da una donna maritata senza autorizzazione del marito o del giudice, una obbligazione prescritta, ec. (13). Ma sebbene queste sorta di obbligazioni non producano azione, non si possono però dire assolutamente senza alcun effetto civile (14), imperocchè il pagamento fatto in conseguenza di esse da una persona capace di alienare la cosa pagata, è valido e non soggetto a ripetizione.

1965
1837
1235
1188

L' obbligazione puramente civile è, al contrario, quella alla cui esecuzione il debitore può essere civilmente costretto, tuttochè non sia obbligato nel foro della coscienza. Tale è quella derivante da una condanna ingiusta (15), da un giuramento decisorio (16) contrario alla verità, ec.

Finalmente, l' *obbligazione mista* è quella che obbliga nel foro interno ed esterno. Tale è quella risultante da tutti i contratti legalmente formati. Ed è precisamente di questa specie di obbligazioni che sarà trattato nel corso del presente titolo.

L' obbligazione può derivare o dalla sola legge, o da un fatto obbligatorio dell' uomo.

Dalla sola legge: avvi di fatti delle obbligazioni le quali non hanno che la legge (17) per causa unica ed immediata, senza alcun fat-

1370 to per parte dell' uno o dell' altro contraente.
1324 Tale è l' obbligazione degli ascendenti e dei discendenti di somministrarsi reciprocamente gli alimenti : così per la sola forza della legge il tutore nominato è tenuto ad accettar la tutela ; i proprietarj delle merci salvate sono tenuti d' in-
Com. dennizzare coloro i di cui effetti furono gettati
417 in mare ad oggetto di alleggerire il vascello,
409 ec. ; il proprietario di un muro immediatamente contiguo al fondo vicino, è tenuto di vendere al suo vicino, se lo domanda, la metà di questo muro, ec. Di queste sorta di obbliga-
661 zioni si è trattato o si tratterà più opportuna-
582 mente a suo luogo.

O da un fatto obbligatorio dell' uomo : questo fatto o è comune ad ambe le parti, ed allora ne risulta propriamente quello che dicesi una *convenzione* o un *contratto* ; od è il fatto di una sola delle parti che produce l' obbligazione, ed allora gl' impegni che ne risultano vengono indicati sotto il nome generico di *obbligazioni che si contraggono senza convenzione*. Si tratterà di queste ultime obbligazioni in un titolo particolare.

Generalmente parlando si chiama *debitore* quegli che ha contratta l' obbligazione, e *creditore* quegli a favore del quale essa fu contratta. Ma può accadere che nell' identico affare la stessa persona considerata sotto diversi rapporti, sia ad un tempo medesimo creditrice e debitrice (18).

Posti questi principj generali, noi divideremo il presente titolo in sei capitoli :

Il primo tratterà delle diverse specie di contratti o convenzioni ;

Il secondo delle condizioni necessarie perchè siavi vero contratto;

Il terzo, delle differenti modificazioni dell' obbligazione convenzionale;

Il quarto, dell' effetto delle obbligazioni;

Il quinto dell' estinzione delle obbligazioni;

Ed il sesto, della prova della loro esistenza e della loro estinzione.

CAPITOLO I.

DEL CONTRATTO E DELLE DIFFERENTI SUE SPECIE.

Il contratto è una convenzione (19) mediante la quale una o più persone si obbligano verso una o più persone, a dare, a fare o a non fare qualche cosa. 1101

Cinque sono le divisioni dei contratti. *1055*

La prima è dei contratti *unilaterali* e *sinallagmatici*.

Il contratto *unilaterale* è quello che non produce azione che in favore di una delle parti. Tale è l'imprestito per consumo, ossia *mutuo*, il contratto di *rendita vitalizia*. 1103 *1057*

Il contratto *sinallagmatico* o *bilaterale* è quello che produce azione in favore dell' una e dell' altra parte. Questa sorta di contratti si divide in *sinallagmatici perfetti*, e *sinallagmatici imperfetti* (20). Il contratto *sinallagmatico perfetto* è quello nel quale l'azione appartenente a ciascheduno dei contraenti, è egualmente principale, ed è dell' essenza del contratto: tali sono la *vendita*, la *permuta*, la *locazione*, ec. (21). Il contratto *sinallagmatico imperfetto* è quello nel quale l'azione di 1102 *1056*

una delle parti è sola principale ed essenziale al contratto, mentrechè l'azione dell'altra non è che incidentale ed eventuale, e può in conseguenza esistere o non esistere, senza che l'essenza del contratto ne sia alterata: tali sono il *mandato*, il *deposito*, ec. (22).

La seconda divisione o specie di contratti è di contratti *reali* e di contratti *consensuali.*

Il contratto *reale* è quello il quale, oltre il consenso delle parti, richiede ancora la tradizione della cosa che ne forma l'oggetto, di modo che il contratto non sussiste che quando questa cosa è consegnata: tali sono l'*imprestito*, sia di *consumo* sia ad *uso*, il *contratto di rendita vitalizia*, il *deposito* ed il *pegno* (23).

Il contratto *consensuale* è quello che è perfetto col solo consenso delle parti: tali sono tutti i contratti, eccettuati i surriferiti.

La terza divisione è dei contratti di *beneficenza*, o dei contratti a *titolo oneroso.*

Il contratto di *beneficenza*, o a *titolo gratuito*, è quello che non ha per iscopo che l'utilità di una delle parti contraenti: tali sono il *prestito ad uso* o sia comodato, quello di *consumo* o sia mutuo *senza interesse*, il *deposito*, ec.

1105 / *1059*

Il contratto a *titolo oneroso* è quello che si fa per l'interesse ed utilità reciproca delle parti (24), come la *vendita*, la *permuta*, l'*imprestito* o *mutuo ad interesse*, ec. Il contratto a *titolo oneroso* è *commutativo* propriamente detto, o *aleatorio* (25). È *commutativo* propriamente detto (26) quando ciascuna delle parti è riputata (27) ricevere l'equivalente effettivo (28) di ciò ch'ella dà. È *aleatorio*, o di *sorte* quando l'equivalente consiste nell'av-

1106 / *1060*

venturare, tanto da una parte che dall' altra, il guadagno o la perdita ad un avvenimento incerto: tali sono *tutti i giuochi*, le *scommesse* 1104 i *contratti di assicurazione*, *la rendita vitalizia*, ec. 1058

La quarta divisione de' contratti è in *principali* ed *accessorj.*

I contratti *principali* sono quelli che possono sussistere da loro medesimi, ed indipendentemente da qualunque altra convenzione.

I contratti *accessorj*, sono quelli che hanno per oggetto di assicurare l'esecuzione di un altro obbligo da cui essi dipendono, e senza il quale non possono sussistere: tali sono la *fidejussione*, il *pegno*, l' *ipoteca.*

Finalmente avvi una quinta divisione di contratti, che noi chiameremo *solenni* e *non solenni.*

I contratti *non solenni* (29) sono quelli che non soggiaciono ad alcuna formalità particolare, ma soltanto alle regole generali dei contratti, come la *vendita*, la *locazione*, il *mandato*, ec.

I contratti *solenni* (30), sono al contrario quelli, la cui esistenza dipende dalla osservanza di certe formalità, senza le quali essi non producono alcun effetto civile: tali sono l' *ipoteca convenzionale*, il *contratto di matrimonio*, ec.

Bisogna inoltre osservare che la distinzione stabilita dalle leggi romane tra i contratti nominati e gl' innominati, di già proscritta nel nostro antico diritto, lo è ugualmente nel diritto attuale, e che tutti i contratti, sia che abbiano, sia che non abbiano una denominazio-

1107 ne propria, sono soggetti alle regole generali con-
1061 tenute nel presente titolo (31).

Dopo aver fatto conoscere le diverse specie di contratti, egli è essenziale di aggiunger qui una distinzione stabilita dagli autori, ed indicata d'altronde in alcuni articoli del Codice.
1719 Si distinguono adunque in ogni contratto le co-
1565 se che sono di essenza del medesimo, quelle
1876 che sono di sua natura, e quelle che gli sono
1748 puramente accidentali.

Le cose che sono dell' essenza del contratto sono quelle, senza le quali questo contratto non può sussistere, talmente che il difetto d'una di esse fa, o che non siavi affatto contratto, o che ve ne sia uno di tutt' altra specie che quello che le parti sembrano avere avuta intenzione di stipulare tra loro. Quindi è del-
1601 l'essenza della vendita, che siavi una cosa ven-
1447 duta, ed un prezzo reale ed effettivo. Se dunque al momento della vendita la cosa venduta non esistesse più, non vi è nè vendita, nè alcun' altra specie di contratto. Se non vi fosse prezzo o questo fosse talmente sproporzionato al valore della cosa, che divenisse quasi illusorio, allora questa non sarebbe una vendita, quantunque le parti l'avessero così intitolata, ma sarebbe piuttosto una donazione.

Le cose che sono della natura del contrat-
1719 to, sono quelle che senza essere di sua essenza,
1565 ne formano però parte, anche senza alcuna sti-
1917 pulazione speciale per parte de' contraenti. Quin-
1789 di è della natura del mandato di essere gratuito. Le cose che sono della natura del contratto differiscono da quelle che sono della sua essenza, perciocchè il contratto può sussistere sen-

za di esse, e perchè possono esserne separate dalla convenzione delle parti.

Finalmente, le cose che sono accidentali al contratto, sono quelle le quali non essendo nè di sua natura nè di sua essenza, non vi sono incluse che in forza di qualche clausola particolare aggiuntavi dalle parti, come il termine, la condizione, ec.

CAPITOLO II.

DELLE CONDIZIONI NECESSARIE ALLA VALIDITA' DELLE OBBLIGAZIONI CONVENZIONALI.

Il contratto essendo una convenzione, e questa risultando dal consenso di due o più persone, ne segue che senza il consenso delle parti (32), non può esservi contratto.

Ma perchè il consenso sia per se stesso valido onde produrre una vera obbligazione, si richiedono quattro condizioni:

La prima, che le parti siano legalmente capaci di acconsentire ad effetto di obbligarsi;

La seconda, che il consenso non sia infetto da vizj, che ne distruggano o ne alterino la sostanza;

La terza, che esso si applichi ad un oggetto qualunque;

La quarta, che l'obbligazione abbia una causa, e che questa causa non abbia nulla di contrario ai buoni costumi nè all'ordine pubblico. 1108 *1062*

Sezione I.

Della capacità delle parti contraenti.

Le convenzioni essendo generalmente riguardate come attinenti al diritto comune, ne
1123 segue che qualunque persona può contrattare se
1077 non è dichiarata incapace dalla legge civile.

Quindi sono incapaci: 1. gl' interdetti, per qualsivoglia atto;

2. Coloro ai quali è stato assegnato un consulente giudiziario;

3. I minori;

4. Le donne maritate, e non autorizzate;

Questi tre ultimi, per tutti gli atti che eccedono la loro capacità.

1124 5. Finalmente, tutte le persone alle quali
1078 la legge proibisce certi determinati contratti (33).

Noi vedremo al Capo V, Sez. 7, l' effetto di queste diverse specie d' incapacità, ed il modo di chiedere la rescissione delle obbligazioni contratte dalle persone incapaci.

Sezione II.

Delle diverse cause che possono viziare il consenso.

Quattro sono le cause che possono viziare
1109 il consenso de' contraenti: Queste sono, l' er-
1063 rore, la violenza, il dolo e la lesione. Esse hanno ciò di comune tra loro, che anche nei casi in cui annullano la convenzione, non la rendono però nulla di pieno dritto; ma danno

soltanto luogo ad un' azione di nullità o di rescissione, sopra la quale i tribunali debbono pronunciare. 1117 *1071*

§. I.

Dell' errore.

L' errore non è in generale una causa di nullità della convenzione che quando esso cade sulla natura stessa del contratto, o sulle cose che gli sono essenziali.

Sulla natura del contratto: Per esempio, se uno intende vendere, e l' altro prendere ad affitto, non vi è in questo caso nè vendita nè locazione.

Sulle cose che gli sono essenziali: Se dunque vi è errore sulla sostanza (34) della cosa che forma il soggetto della vendita, la convenzione è nulla. Lo stesso avviene ne' contratti commutativi, quando si dissente sul prezzo (35). 1110 *1064* Noi diciamo *si dissente sul prezzo*: imperciocchè, se l' errore non cadesse che sul confronto del prezzo convenuto col valore reale dell' oggetto, sarebbevi allora ciò che si dice *lesione*, ed il contratto non potrebbe impugnarsi che in certi casi, come lo vedremo più sotto.

L' errore sulle qualità della cosa può esso pure talvolta far pronunziare la nullità del contratto; per esempio, se trattasi di vizj redibitorj (36). 1641 *1487* 1644 *1490*

L' errore sulla persona con la quale si ha intenzione di contrattare, non è una causa di nullità, a meno che la considerazione di que-

1110 sta persona non sia la causa principale della
1064 convenzione (37).

L' errore nel motivo non annulla, generalmente parlandó, la convenzione: nondimeno, se apparisse evidentemente che senza di questo errore il contratto non si sarebbe stipulato, può benissimo divenir causa di nullità (38). Ed è
1131 in questo senso che dicesi, che l' obbligazione
1085 contratta sopra una falsa causa è nulla.

§. II.

Della violenza.

Non ogni specie di violenza vizia il consenso, almeno nel foro esterno (39), ma quella soltanto ch' è di natura tale da far impressione sopra di una persona ragionevole e sen-
1112 sata, avuto però riguardo alla sua età, al suo
1066 sesso, ed alla sua condizione.

Si considera come una violenza di questo genere quella che può inspirare nel contraente il timore di vedersi esposto egli, il suo conjuge, i suoi ascendenti o discendenti, ad un male
1113 considerabile e presente (40), nelle loro perso-
1067 ne o nelle loro fortune; ma il solo timore (41) di dispiacere a' suoi genitori o ad altri ascen-
1114 denti, *timore* che dicesi *riverenziale*, non ba-
1068 sta per annullare il contratto.

Non è necessario che la violenza sia stata usata da colui a vantaggio del quale fu contratta l'obbligazione; basta che essa abbia avuto direttamente per oggetto (42) di far acconsentire all' obbligazione medesima.

§. III.

Del dolo.

Il dolo si definisce: qualunque artifizio usato ad oggetto d'ingannare. Nondimeno ogni specie di dolo non basta nel foro esterno (43) per annullare la convenzione. Richiedesi, 1. che esso sia l'opera di una delle parti (44), e 2. che esso abbia dato luogo al contratto, vale a dire, che sia evidente che senza i raggiri praticati da uno dei contraenti, l'altro non avrebbe contrattato (45). Qualunque altro dolo che intervenisse nel contratto, eziandio per parte d'uno dei contraenti, potrebbe soltanto dar luogo all'azione per danni e interessi. 1116 *1070*

Colui che pretende di essere stato ingannato, dee provarlo: il dolo in questo caso non si presume giammai (46). *ivi*

§. IV.

Della lesione.

Avvi lesione nei contratti commutativi (47) ogni qual volta una delle parti non riceve l'equivalente di ciò che dà; ma se fosse permesso nel foro esterno (48) di domandare la nullità di una convenzione, per qualsivoglia ancorchè piccola lesione, bentosto il commercio non offrirebbe più alcuna sicurezza, e sarebbe d'uopo rinunziare ai contratti i più necessarj. Assai ragionevolmente dunque decise la legge civile, che la lesione non vizierebbe i contratti se non 1118 *1072*

1313 che in certi casi, e riguardo a certe persone.
1267 Progredendo nel presente titolo, ed inoltrandoci in quello *della vendita*, vedremo quali siano nelle diverse circostanze gli effetti della lesione di cui abbiamo già d'altronde parlato nel titolo *delle successioni*, capitolo V, sezione 1., §. 4.

Sezione iii.

Dell' oggetto dei contratti.

Dalla definizione del contratto risulta, che esso ha per oggetto una cosa che le due parti,
1126 od una di esse soltanto, si obbligano a dare,
1080 a fare, o a non fare.

Il vocabolo *cosa* qui si prende in un senso generale, e si applica egualmente all'uso (49)
1127 ed anche al semplice possesso (50) della cosa
1081 medesima.

Ma affinchè una cosa possa essere l'oggetto di un contratto, fa d'uopo: 1. ch'essa esista, o almeno ch'essa possa esistere un giorno. Le cose future (51), una semplice speranza (52) egualmente possono formare il soggetto di una obbligazione. Con tutto ciò si riguardano con ragione come contrarie all'onestà pubblica le stipulazioni relative alla successione di una persona vivente, ancorchè fossero fatte col di lei con-
1130 senso. Ogni convenzione di questo genere è in
1084 conseguenza proibita (53);
1128 2. Che la cosa sia in commercio (54);
1082 3. Che essa sia determinata, almeno sotto certi rapporti (55). Non è necessario d'altronde che la quantità sia certa, purchè la conven-

zione contenga le basi che possono servire a determinarla (56); 1129 *1083*

4. Se il soggetto della convenzione è un fatto, bisogna che questo sia fisicamente e moralmente possibile (57);

5. Finalmente richiedesi, che la cosa riguardi le parti contraenti. È di massima in fatti, che non si possa in generale promettere o stipulare (58) in suo proprio nome che per se medesimo; poichè le convenzioni non avendo effetto che tra le parti contraenti, e non potendo, in generale (59), nuocere o giovare ai terzi, non ne può risultare veruna azione in favore di costoro. Nulla più ne risulta in favore della parte che ha stipulato per lo terzo, avvegnachè non avendo nell' ipotesi alcun interesse pecuniario perchè si eseguisca la convenzione, essa non può pretendere nè reclamare alcuna indennizzazione nel caso d' inesecuzione; l' altra parte può dunque contravvenirvi impunemente; non vi è dunque obbligazione civile (60). Ma bisogna andar cauti nell' applicare questo principio ad alcune specie di convenzioni, nelle quali sembra che noi stipuliamo o promettiamo per un altro, quantunque nel fatto o nel risultamento, noi promettiamo o stipuliamo per noi medesimi. 1119 *1073* 1165 *1118*

Quindi si può stipulare in suo proprio nome per un altro, tutte le volte che si ha un interesse personale e pecuniario perchè si eseguisca la convenzione (61). Lo si può egualmente allorquando tale è la condizione d' una stipulazione che si fa per se stesso (62), di una donazione o d' una alienazione che fassi a favore di un altro (63). Ma in questo caso il terzo non

può pretendere l'esecuzione della disposizione per ciò che lo riguarda, se non che quando ha dichiarato di volerne profittare (64). Sino a quel
1121 punto essa è revocabile per lo solo consenso
1075 di quelli che v' intervennero come parti.

Non si presume che uno stipuli o prometta per un altro, quando stipula o promette per i suoi eredi (65), imperciocchè eglino sono in certo modo la continuazione di noi medesimi; ed è per questa ragione che non solo si può validamente stipulare o promettere per essi, ma eziandio che si reputa sempre averlo noi fatto, quando non siasi espressamente convenuto il
1122 contrario, o ciò non risulti dalla natura della
1076 convenzione (66).

La medesima disposizione ha luogo riguardo a quei che han causa (67) da lui. Ma è d' uopo in questo caso che la stipulazione concerna l' oggetto nel quale l' avente causa succede (68).

Finalmente non è stipulare per un altro, allorchè io stipulo che la cosa che forma l' oggetto della convenzione sarà consegnata ad un terzo indicato; perciocchè allora l' obbligazione riguarda me solo, giacchè io solo ho dritto di chiederne l' esecuzione, ed il terzo non entra in certa guisa nella convenzione, che come mio procuratore, ad effetto di ricevere la cosa per me ed in mio nome (69).

Noi abbiamo detto che non si poteva stipulare nè promettere *in suo proprio nome* per un altro, perciocchè si può stipulare o promettere per un altro, purchè la convenzione sia fatta a nome di colui per lo quale si stipula o si promette. Laonde un procuratore può con-

trattare a nome del suo commettente, imperciocchè allora non si reputa esser egli colui che contratta, ma bensì il commettente medesimo pel di lui ministero. È lo stesso dei tutori, che sono i procuratori legali de' minori, ec.

Similmente se io contratto a nome d' una persona dalla quale io non abbia ricevuto alcun potere nè legale nè convenzionale, e che rispondi per essa (70), io vengo riputato con ciò garentire all' altra parte la ratifica di quello a nome del quale io contratto, ed obbligarmi al pagamento de' danni ed interessi, in caso di negata ratifica. Così fatta stipulazione è dunque valida; ma con questa distinzione, che se il terzo ratifica, egli è obbligato, come se io avessi ricevuto da lui sin dal principio un potere nelle forme (71), e resto sciolto da qualunque obbligazione. Se al contrario egli rifiuta, non è in alcun modo tenuto; ed allora in forza della garentia alla quale mi sono sottoposto, sono io tenuto ad indennizzare l' altra parte di tutto il pregiudizio che soffre in conseguenza di questo rifiuto. 1120 *1074*

SEZIONE IV.

Della causa.

Per causa del contratto nel nostro diritto s' intende ciò che determina le parti a contrattare; e come non si presume mai che alcuno si obblighi senza un motivo qualunque, ne deriva che ogni obbligazione senza causa, o, che è lo stesso, su d' una falsa causa (72), è nulla; oltre di che non è necessario che la causa emani

*

da un interesse pecuniario. Laonde nei contratti
1151 di beneficenza la liberalità è una causa suffi-
1085 ciente dell' obbligazione.

Egualmente l' obbligazione non è nulla solamente per non esservi espressa la causa (73);
1152 purchè però sia d' altronde provato legalmen-
1086 te (74), che ne esiste una lecita.

Noi diciamo *una causa lecita*, vale a dire che non sia proibita dalla legge, nè contraria
1133 ai buoni costumi o all' ordine pubblico. Altri-
1087 menti, non solo l' obbligazione sarebbe nulla, nel senso cioè che il creditore non potrebbe pretenderne l' esecuzione; ma eziandio se la causa illecita provenisse dal solo suo fatto, il debitore che avesse pagato, avrebbe ragione di ripeterlo in giudizio (75).

CAPITOLO III.

DELLE DIFFERENTI MODIFICAZIONI DELL' OBBLIGAZIONE CONVENZIONALE.

L' obbligazione convenzionale può essere
Condizionale,
A termine,
Alternativa,
Facoltativa,
Indeterminata,
Solidale,
Divisibile o indivisibile,
Con clausola penale.

Noi andiamo ad esporre in altrettante differenti sezioni i principii relativi a queste diverse specie di obbligazioni.

Sezione I.

Dell' obbligazione condizionale.

Per determinare in un modo preciso l' effetto dell' obbligazione condizionale, noi vedremo in primo luogo ciò che debbasi intendere per condizione, e quando debbasi riputarla adempita. Vedremo in secondo luogo in quante maniere si può contrarre una obbligazione condizionale.

§. I.

Delle condizioni in generale, e del loro adempimento.

Per condizione nelle obbligazioni intendesi generalmente il caso di un avvenimento futuro ed incerto. 1168 *1121*

Futuro: In fatti, sebbene il codice nell' articolo 1181, *1134* sembri aver collocato nella classe delle condizioni l' avvenimento accaduto nel momento del contratto, ma tuttavia ignoto alle parti, è però vero il dire, ch' esso assimila, e con ragione, questo caso piuttosto al termine che alla condizione, giacchè lo stesso articolo aggiunge che l' obbligazione in tal modo contratta produce il suo effetto dal giorno in cui fu convenuta (76). 1181 *1134*

Incerto: perciocchè nei contratti (77) il caso di un avvenimento che dee certamente succedere, sebbene l' epoca ne sia incerta, non è una condizione, e non sospende punto l' obbligazione, ma ne differisce soltanto l' esigibilità.

Le condizioni considerate in loro stesse si

dividono primieramente in positive e negative.

La condizione positiva è quella che consiste nel caso in cui la cosa accaderà (78);

La condizione negativa è quella che consiste nel caso in cui la cosa non accaderà (79);

Le condizioni si dividono, 2. in potestative, casuali e miste.

La condizione potestativa è quella che di-
1170 pende dalla volontà di una delle parti contra-
1123 enti (80);

1169 La condizione casuale è quella che dipen-
1122 de puramente dal caso ossia dall' azzardo (81).

La condizione mista è quella che dipende ad un tempo e dalla volontà d' una delle parti,
1171 e da quella di un terzo (82), od eziandio dall'
1124 azzardo (83).

La condizione positiva deve essere fisicamente e moralmente possibile (84). Qualunque
1172 altra è nulla, e rende senza effetto la conven-
1125 zione che ne dipende (85).

Quanto alla condizione negativa, egli è evidente che quella che è fisicamente impossibile, non vizia la convenzione, la quale, al
1173 contrario, in questo caso riguardasi come pura
1126 e semplice (86); ma se l'impossibilità fosse soltanto morale (87), allora la condizione eziandio negativa vizierebbe la convenzione medesima. Nulla si dee pretendere per astenersi da una cosa proibita.

L'obbligazione è ugualmente nulla, se la
1174 condizione è puramente potestativa dalla parte
1127 del debitore.

Noi diciamo *puramente*, vale a dire, se la condizione è tale che faccia dipendere la convenzione di un atto puro e semplice dalla volontà del debitore (88); imperocchè se essa la

fa dipendere, non da un semplice atto della sua volontà, ma da un fatto che sia in suo poter di eseguire o di non eseguire, l' obbligazione è valida (89).

Lo condizione dee adempiersi in quel modo che le parti hanno verisimilmente inteso che si dovesse adempiere (90), e si reputa sempre adempita, quando colui che si è obbligato sotto la stessa, ne ha impedito l'adempimento (91).

1175 *1128* 1178 *1131*

L' adempimento delle condizioni è indivisibile, ancorchè ciò che ne forma l' oggetto sia divisibile. In conseguenza l' esecuzione della convenzione non può essere domandata, neppure in parte, prima che si verifichi totalmente la condizione. (92)

Se per l' adempimento della condizione positiva vi è un tempo prefisso, essa si riguarda come mancata, se il tempo è spirato senza che sia accaduto l' evento (93): Se non vi è tempo determinato, la condizione non si reputa mancata se non quando siasi certo che l' evento non accaderà (94).

1176 *1129*

Per la stessa ragione, se vi è un tempo determinato per l' adempimento della condizione negativa, questa condizione resta verificata allorchè questo tempo è spirato, senza che sia successo l' avvenimento (95). Essa è verificata egualmente, se prima del termine sia certo che non sarà per succedere l' avvenimento (96). Se non vi è tempo determinato, essa non è verificata che quando sia certo che l' avvenimento non sarà per succedere (97).

1177 *1130*

§. II.

Dei differenti modi coi quali un' obbligazione può essere contratta sotto condizione.

Un' obbligazione può essere contratta sotto condizione in due modi.' In fatti, o ella è sospesa fino all' avvenimento della condizione, di modo che sino a quel punto si considera che non esista, ed essa non può in conseguenza ricevere alcuna esecuzione; oppure, perfetta già ed esistente al momento del contratto, essa dee cessare di avere effetto dall' istante che compiesi la condizione, e le cose debbono da quell' epoca rimettersi nello stato in cui erano prima che l' obbligazione fosse contratta.

Nel primo caso, la condizione dicesi *sospensiva*; nel secondo, *risolutiva*.

Della condizione sospensiva.

La condizione sospensiva è quella che sospende l' obbligazione fino a che sia adempita. (1181, *1134*)
Da ciò ne risulta:

1. Che sino all' avvenimento della condizione, l' obbligo non esiste realmente (98): avvi la sola speranza che esso esisterà, speranza che il creditore trasmette ai suoi eredi (99) e che basta affinchè egli abbia il diritto di fare tutti gli atti conservatorj necessarj (100). (1179, *1132*, 1180, *1133*)

2. Che quanto fosse pagato innanzi l' evento della condizione, potrebbe essere ripetuto (101);

6. Che sino a questo avvenimento non av-

vi traslazione di proprietà. La cosa che forma l' oggetto della obbligazione resta dunque a rischio e pericolo del debitore. In conseguenza, se essa viene intieramente a perire senza colpa del debitore, si reputa non esservi mai stata convenzione (102). Se la cosa è semplicemente deteriorata, il creditore ha la scelta, o di esigerla nello stato in cui si trova, senza diminuzione di prezzo, o di sciogliere l' obbligazione (103). Finalmente se la cosa è deteriorata per colpa del debitore, il creditore ha parimente la stessa scelta, ed in oltre il dritto di domandare i danni ed interessi (104). 1182 *1135*

Nondimeno l' adempimento della condizione sospensiva ha sotto certi rapporti (105) un effetto retroattivo (106). Laonde nel caso di un credito ipotecario contratto sotto condizione, l' ipoteca si considera acquistata dal giorno in cui saranno state osservate tutte le formalità necessarie, ancorchè la condizione non avesse esistito che lungo tempo dopo. 1179 *1132*

Della condizione risolutiva.

La condizione risolutiva è quella la cui esistenza opera la revoca della obbligazione, e rimette, per l' avvenire, le cose nel medesimo stato, come se l' obbligazione non avesse mai esistita (107). 1183 *1136*

Noi diciamo *per l' avvenire*, poichè l' obbligazione contratta sotto una condizione risolutiva è, come lo abbiamo detto, perfetta dall'istante medesimo in cui fu conchiuso il contratto. Quindi può esserne domandata l' esecuzione. Qui si verifica la traslazione di proprietà, e la

1665 cosa è a rischio e pericolo del creditore che lu-
1511 cra i frutti, e che prescrive nell'intervallo (108).
Solamente che, se la condizione si adempie, e la cosa esiste tuttora, l'obbligazione si reputa come non fosse mai esistita, e ciascuna delle
1183 parti è obbligata di restituire ciò che ha rice-
1136 vuto.

La condizione risolutiva può essere espressa o tacita.

È espressa, quando fu stipulata formalmente nella convenzione, come nel patto commissorio (109), nella vendita con facoltà di ricompra, ec. (110).

È tacita nei contratti sinallagmatici perfetti. Vi si sottintende sempre la condizione che il
1184 contratto sarà sciolto nel caso in cui una delle
1137 parti non soddisfaccia alle sue obbligazioni (111).

L'effetto di queste due specie di condizioni differisce in due casi, 1. quando la condizione è espressa, succedendo il caso, il contratto è sciolto di pieno dritto (112), mentrechè se essa non è che tacita, la risoluzione debb' essere chiesta e pronunziata in giudizio (113), e può ancora, a norma delle circostanze, essere accordato un termine al reo convenuto.

2. Se ella è espressa, ciascuna delle due parti ha il diritto di reclamarne l'effetto (114); se poi è tacita, il diritto di chiedere lo scioglimento non appartiene che a quello tra i contraenti verso il quale non si è eseguita l'obbligazione; ed in questo caso egli ha la scelta o di chiedere lo scioglimento unitamente alla rifazione de' danni ed interessi, o di costringere
1184 l'altra parte, se è possibile, ad eseguire la
1137 convenzione.

SEZIONE II.

Dell' obbligazione a tempo determinato.

Il termine è la fissazione dell' epoca alla quale l' obbligazione debb' essere soddisfatta. Si distinguono due sorta di termini : quello di diritto , e quello di grazia.

Il termine è *di diritto* , quando esso fa parte della convenzione , espressamente o tacitamente.

Noi diciamo *tacitamente*, imperocchè indipendentemente da ogni stipulazione , si reputa sempre che la convenzione racchiuda il termine del tempo necessario per adempirla (115).

Il termine è *di grazia* , quando è accordato dal giudice sulla domanda del debitore (116).

Il termine differisce dalla condizione sospensiva , in ciò 1. che non sospende l' obbligazione , ma ne ritarda soltanto l' esecuzione (117); 2. Che non può esigersi il pagamento del debito prima della scadenza del termine (118); ma non può ripetersi ciò che è stato anticipatamente pagato (119).

Vi sono però più casi ne' quali il creditore può esigere il pagamento avanti la scadenza del termine; per esempio nel caso che il debitore faccia fallimento o divenga decotto. (120); 1188 se le cauzioni date nel contratto si trovano di- *1141* minuite , tanto per fatto del debitore (121) , *Com.* quanto per un evento non derivante da lui ; 448 ma in quest' ultimo caso (122) il debitore può *440* reclamare il beneficio del termine , dando però 2131 delle cauzioni equivalenti. *2017*

Il termine di grazia dee inoltre cessare, quando il debitore è carcerato o contumace, o quando i suoi beni sono venduti ad istanza di altri suoi creditori.

Pr. 124 *218*

Si presume sempre che il termine sia stipulato in favore del debitore; in conseguenza quantunque egli possa ricusar di pagare avanti la scadenza del termine, nulla ostante se vuole liberarsi, il creditore non può ricusare il pagamento offertogli, a meno che non risulti dalla convenzione, o dalle circostanze (123), oppure dalla natura stessa dell' obbligazione (124) che il termine siasi convenuto egualmente in favore del creditore.

1187 *1140*

Il termine di diritto produce un altro effetto tutto proprio di lui, ed è che fino a tanto che esso non sia spirato, impedisce che si possa opporre al debitore la compensazione del debito (125).

1292 *1246*

Sezione III.

Dell' obbligazione alternativa.

1189 *1142* 1196 *1149*

L' obbligazione alternativa è quella colla quale una persona si obbliga a dare o a fare più cose, in modo però che il pagamento d' una di esse, liberi intieramente la persona obbligata.

Noi diciamo *il pagamento d' una di esse*, avvegnachè il debitore può bensì liberarsi totalmente, pagando una delle cose promesse (126), ma fa d' uopo a tal fine, che la paghi intieramente, non potendo astringere il creditore a ricevere parte dell' una e parte dell' altra (127).

1191 *1144*

Il carattere distintivo di questa obbligazione è che tutte le cose che vi sono comprese sono generalmente dovute, ma sotto l'alternativa, e senza che alcuna di esse sia dovuta determinatamente ed in particolare. Da questo principio deriva:

1. Che il creditore non può pretendere in ispecie una delle cose promesse; ma deve chiederle tutte coll' alternativa, sotto la quale gli sono dovute (128);

2. Che se una delle cose promesse non poteva essere il soggetto dell' obbligazione, questa cessa di essere alternativa, e diviene determinata quanto alla cosa che n' è suscettibile; 1192 *1145*

3. Che la perdita d' una delle cose promesse, anche senza colpa del debitore, non estingue l' obbligazione (129); perciocchè tutte essendo dovute, l' obbligazione sussiste su quelle che restano, senza che il debitore possa, ancorchè avesse avuta da principio la scelta, costringere il creditore a ricevere il prezzo di quella che è perita; come altresì il creditore è tenuto a contentarsi di quella che esiste, e non può esigere il prezzo di quella che è perita, neppure quando la perdita fosse accaduta per colpa del debitore. 1193 *1146*

4. Che se tutte le cose comprese nella obbligazione periscono senza colpa del debitore, e prima che egli sia in mora (130), l' obbligazione è estinta; ma se egli è in colpa riguardo ad una soltanto di esse, l' obbligazione sussiste, ed egli è tenuto a pagare il prezzo di quella che fu l' ultima a perire (131). 1195 *1148* 1193 *1146*

Noi abbiamo ragionato finora nell' ipotesi che la scelta della cosa da consegnarsi appar-

tenga al debitore, giacchè avviene effettivamen-
1190 te così ogni qualvolta non si è stipulato il con-
1143 trario (132). Ma se per effetto della convenzio-
ne la scelta è stata accordata al creditore (133),
allora in caso di perdita d'una o di tutte le
cose comprese nella obbligazione, bisogna di-
stinguere nel modo seguente:

Se una di esse soltanto è perita, e ciò sen-
za colpa del debitore, il creditore non può pre-
tendere che quella che resta. Se il debitore è in
1194 colpa, il creditore può esigere a sua scelta la cosa
1147 rimasta, o il prezzo della cosa perita (134).

Accade lo stesso, quando ambedue le cose
sono perite, e che il debitore è in colpa, anche
riguardo ad una sola. Il creditore può in questo
caso chiedere il prezzo dell'una o dell'altra a
ivi sua scelta (135). Ma nulla può pretendere ov'
1195 esse siano entrambe perite senza colpa del debi-
1148 tore, e prima che egli fosse in mora (136).

Dal perchè alcuna delle cose comprese
nella obbligazione alternativa non è specificata-
mente nè determinatamente dovuta, ne segue
che se un mobile ed uno stabile sono dovuti
sotto l'alternativa, la natura del credito resta
sospesa (137), nè viene determinata che dalla
natura della cosa anteposta da quegli cui è deferi-
ta la scelta, sia dalla legge, sia dalla convenzione.

Sezione iv.

Dell' obbligazione facoltativa.

Io chiamo obbligazione *facoltativa* quella
che ha per oggetto una cosa determinata, ma
con la facoltà pel debitore di darne un'altra in
suo luogo.

Codesta obbligazione, che a primo aspetto sembra essere dello stesso genere che quella detta *alternativa*, ne differisce però in più punti importantissimi. Di fatti, nella obbligazione facoltativa non avvi realmente che una cosa dovuta; l'altra è soltanto, come dicon gli autori, *in facultate solutionis* (138). Un esempio farà sentire i principali risultamenti di questa differenza.

Pietro lasciò in legato a Paolo la sua casa di campagna, qualora il di lui erede non preferisse di dare a Paolo dieci mila franchi. Noi diciamo che in questo legato la sola casa è dovuta, e che quindi essa sola trovasi nell' obbligazione. Dal che ne deriva:

1. Che il creditore non può pretendere che la cosa, e non i dieci mila franchi, sebbene il debitore possa, pagandoli, esimersi dal consegnar la casa;

2. Che se la casa perisse intieramente, per esempio, a cagione di un terremoto, di un'innondazione, l'obbligo sarebbe intieramente estinto, e non sussisterebbe nè anche per i dieci mila franchi;

3. Finalmente, che il credito risultante da questo legato è un credito immobiliare, quand' anche il debitore pagasse i dieci mila franchi.

SEZIONE V.

Delle obbligazioni indeterminate.

Vedemmo nella sezione III del capo II, che la cosa che forma il soggetto dell' obbligazione debb' essere determinata sotto certi rap-

porti. È di fatti evidente, che ciò che è assolutamente indeterminato, non può essere l'oggetto di una obbligazione. Tale sarebbe la promessa di dare qualche cosa in generale, senza altra spiega o di dar grano, denaro ec. Ma se la cosa è determinata, almeno quanto alla sua specie, come un cavallo, dieci staja di grano, ec., l'obbligazione è valida, e si dice *indeterminata*.

1129
1083

Questa obbligazione è dunque, generalmente parlando, quella il di cui oggetto non è individualmente espresso. Essa è più o meno indeterminata, secondo che la specie o il genere nel quale si dee prender la cosa, è più o meno generale. Quindi l'obbligazione che taluno avesse contratta di dare un cavallo delle sue razze, è meno indeterminata che quella di dare semplicemente un cavallo.

In questa sorta di obbligazioni, nessuna delle cose comprese sotto il genere trovasi specialmente nella obbligazione, sebbene ciascheduna di esse trovisi *in facultate solutionis*. In fatti, noi abbiamo veduto nella sezione precedente non esservi obbligazione che per rapporto alla cosa che può esigere il creditore. Ora nell' obbligazione indeterminata non avvi alcuna delle cose comprese sotto il genere che il creditore possa domandare determinatamente, laddove, al contrario, non avvene alcuna che il debitore non possa dare, purchè sia buona, leale, ed in commercio (139). Da questi principj ne segue, 1. Che la perdita delle cose del genere indicato, sopraggiunta posteriormente al contratto, eziandio senza colpa del debitore, non estingue l'obbligazione; imperciocchè il

1246
1199

genere intiero non potendo ordinariamente (140) perire, e veruna delle cose che vi sono comprese non trovandosi specialmente nell' obbligazione, il debitore non può dire che fossero dovute le cose perite, anzichè quelle che esistono ancora.

2. Che per la stessa ragione il creditore non può lagnarsi dell' alienazione ancorchè volontaria che il debitore avesse potuto fare dopo l' obbligazione, o della perdita accaduta per di lui colpa, di parecchie cose del genere contemplato; imperocchè nessuna di esse essendo determinatamente inclusa nell' obbligazione, il creditore non può dire che fossero dovute le cose alienate o perite, piuttostochè quelle che esistono.

Sezione VI.

Delle obbligazioni solidali.

In generale, quando l' obbligazione di una sola e medesima cosa divisibile è stata contratta da più o verso più persone, ciascheduno dei debitori nel primo caso, non può essere ricercato che per la sua parte; ed ognuno dei creditori, nel secondo, non può egualmente esigere che la sua parte.

Ma la convenzione delle parti (141), può essere tale, che il totale del debito possa benissimo esigersi da ciascun debitore, o domandarsi da ciascun creditore; locchè propriamente dicesi *solidalità* o *solidarietà di obbligazione.*

Una obbligazione è dunque solidale, quando la medesima cosa è, secondo il titolo, dovuta per lo totale a ciascheduno dei creditori,

1197 o da ciascuno dei debitori di modo che il pa-
1150 gamento fatto ad uno dei primi, o da uno dei
1200 secondi, estingue l'obbligazione a riguardo di
1153 tutti.

Noi diciamo *la medesima cosa*, perciocchè una delle condizioni essenziali affinchè l'obbligazione sia solidale, è che essa sia una per rapporto alla cosa che ne forma il soggetto, sebbene per rapporto ai contraenti si possa dire che sianvi tante obbligazioni distinte quanti vi sono concreditori o condebitori; dal che risulta che essa può essere contratta differentemente riguardo a ciascheduno di essi senza cessare perciò d'essere solidale, purchè la cosa dovuta sia sempre la stessa: laonde essa può essere a tem-
1201 po determinato o sotto condizione riguardo all'
1154 uno, e pura e semplice riguardo all'altro, ec.

Da questa unità di obbligazione, almeno per rapporto a ciò che ne forma l'oggetto, deriva altresì che tutto quello che perpetua l'obbligazione riguardo ad uno de' contraenti, la perpetua egualmente riguardo a tutti gli altri (142). In conseguenza, qualunque atto che interrompe la prescrizione, tuttochè fatto da un solo dei
1199 concreditori, o contro un solo dei condebitori,
1152 torna a vantaggio, nel primo caso, di tutti gli
1206 altri creditori (143), ed a pregiudizio, nel se-
1159 condo, di tutti i condebitori (144).

Secondo il titolo: avvegnachè, se la necessità di pagare o di ricevere tutto in una volta, non provenisse dal titolo, ma dalla natura della cosa, questa sarebbe indivisibilità e non solidalità (145). Ma fa d'uopo che il titolo contenga una menzione espressa della solidalità, attèso che questa non si presume giammai. Essa

può d'altronde risultare, come l'abbiam detto sia dalla convenzione delle parti (146) sia dalla sola legge. Il testamento può essere un titolo di solidalità. Il testatore può incaricare i suoi eredi solidalmente della prestazione di un legato (147). 1202 1155

A ciascheduno dei creditori, o da ciascuno dei debitori: perchè la solidalità può esistere tanto fra i creditori, quanto fra i debitori. Noi tratteremo separatamente di cadauna specie.

§. I.

Della solidalità fra creditori.

Noi abbiamo veduto che una obbligazione era solidale fra creditori, ogni qualvolta ciascuno di essi andava, secondo il titolo, creditore pel totale, in modo però che il pagamento fatto ad uno di essi liberasse il debitore verso di tutti. 1197 1150

Diciamo *il pagamento*: imperciocchè, nel nostro diritto, fa d'uopo che siavi pagamento affinchè il debitore sia intieramente liberato; laonde ogni creditore può bensì ricevere il pagamento del debito, ma non può farne remissione, nè deferire il giuramento al debitore; e qualora lo faccia, il debitore non ne rimane liberato che per la sua parte (148). 1198 1151 1365 1319

Dall'essere ogni creditore capace di ricevere il totale del debito, risulta che il debitore ha diritto di pagare a quello che più gli piace tra i creditori a sua scelta, purchè non sia stato prevenuto da uno di essi con giudiziale domanda. Imperocchè allora egli non potrebbe pa- 1198 1151

gare che al provocante, salvo in tutti i casi il regresso degli altri creditori contra colui che
1197 ha ricevuto il pagamento, ciascheduno in ragio-
1150 ne dell' interesse che ha nella obbligazione.

§. II.

Della solidalità fra debitori.

Un' obbligazione è solidale fra debitori, come dicemmo, qualora essi sono in forza del titolo obbligati ad una determinata cosa, di modo che ciascuno di essi possa essere astretto al
1200 pagamento totale, e l' estinzione dell' obbligo,
1153 riguardo all' uno, liberi tutti gli altri.

Gli effetti di questa solidalità sono: primieramente, che il creditore possa rivolgersi a quello tra i debitori che più gli piace di sceglie-
1203 re (149), senza che questi possa opporgli il be-
1156 neficio della divisione (150). Ma come la solidalità non esiste che in favore del creditore, così ne deriva che dopo il pagamento quegli che ha pagato non ha regresso contra gli altri con-
1213 debitori se non proporzionatamente all' interes-
1166 se che ciascuno di essi ha nella causa del de-
1216 bito (151), e ciò non ostante la surrogazio-
1169 ne legale (152) ha luogo bensì a vantaggio
1251 del debitore che ha pagato, ma per i privilegi
1204 e le ipoteche soltanto (153).

Se però uno de' condebitori si trovasse insolvibile, la perdita cagionata dalla sua insolvibilità, sarebbe ripartita per contributo sopra tutti gli altri condebitori solvibili, e sopra quel-
1204 lo che ha fatto il pagamento, in proporzione
1157 del rispettivo interesse.

Ma bisogna bene osservare che le istanze giudiziali fatte dal creditore contra uno dei condebitori, non liberano gli altri, e che egli può, qualora non venga intieramente soddisfatto da quello a cui si è rivolto, promuoverne delle simili contra un secondo, e così successivamente (154). 1204 *1157*

Il secondo effetto della solidalità tra debitori è, come lo abbiamo veduto nel principio di questa sezione, che tutto ciò che perpetua l' obbligazione riguardo ad uno dei condebitori, la perpetua egualmente a riguardo di tutti gli altri. Noi abbiamo già parlato di questo effetto relativamente alla prescrizione: aggiungeremo in conformità dello stesso principio, che se la cosa dovuta è perita per colpa, o durante la mora (155) d' uno dei condebitori, gli altri non sono liberati (156). Avvi però una distinzione da farsi a questo riguardo, ed è che il fatto di uno può bensì perpetuare, ma non accrescere l' obbligazione degli altri. Laonde nel caso proposto gli altri debitori sono bensì tenuti solidalmente a pagare il prezzo della cosa perita, salvo il loro regresso contra colui pel fatto del quale è accaduta la perdita: ma se vi è luogo, oltre a ciò, alla rifazione de' danni e interessi, essa non può essere pronunziata che contra quest'ultimo (157). Non è lo stesso degl' interessi, allorchè trattasi di un credito pecuniario; la domanda promossa contra uno dei condebitori fa decorrere gl' interessi riguardo a tutti (158). 1285 *1150* 1207 *1160*

Abbiamo detto che l' estinzione dell' obbligo riguardo ad uno dei condebitori, libera tutti gli altri. Noi ci siamo serviti di questa espressione generale, *estinzione*; avvegnachè non

è necessario che siavi pagamento reale affinchè l'obbligazione sia estinta riguardo a tutti i coobligati (159); indi ne segue:

1. Che se uno dei debitori, citato dal creditore, gli oppone validamente e personalmente la compensazione, il debito è estinto riguardo a tutti.

Noi diciamo *personalmente*, perchè non 1294 *1248* può opporla a nome e per ragione de' suoi condebitori (160).

2. Che la liberazione di tutti ha egualmente luogo nel caso che intervenga novazione (161) tra il creditore ed uno dei debitori. Se però il creditore non avesse acconsentito alla novazione che sotto la condizione che gli altri condebitori accederebbero alla nuova obbligazione, il rifiuto di costoro facendo mancare la condizione, non vi sarebbe novazione, e l'antica ob- 1281 *1235* bligazione sussisterebbe sempre riguardo a tutti gli obbligati.

3. La remissione fatta ad uno dei debitori libera egualmente tutti gli altri, purchè il creditore non siasi espressamente riservato i suoi diritti contro questi ultimi (162); nel qual caso egli non può più ripetere il credito, se non 1285 *1239* fatta deduzione della parte di colui al quale ha fatto la remissione (163).

4. Finalmente, che il giuramento deferito dal creditore ad uno de' condebitori giova a tut- 1365 *1319* ti gli altri, purchè tuttavia sia stato deferito sul fatto speciale del debito in quistione, e non su quello della solidalità, o dell' obbligazione personale di colui che ha giurato (164).

Quanto alle eccezioni da opporre contro la domanda del creditore, bisogna distinguere tra quelle dette reali, e quelle dette personali.

Le eccezioni reali sono quelle che deriva-

no dalla natura dell' obbligazione o dal modo secondo il quale la stessa è stata contratta: tali sono quelle del dolo, della lesione, della mancanza di formalità, ec. Esse sono comuni a tutti i condebitori, e possono essere opposte da ciascheduno di essi.

Le eccezioni personali sono quelle che dipendono dallo stato o dalla qualità del debitore: tali sono quelle risultanti dalla minore età, dall' interdizione ec. Esse non possono essere opposte che dal debitore al quale sono esclusivamente inerenti, e non giovano che a lui solo (165). 1208 *1161*

La solidalità non essendo che una modificazione dell' obbligo, è chiaro che essa può cessare di esistere senza che perciò l' obbligazione sia estinta; per esempio, se il creditore consente a rinunziarvi, tanto a riguardo di tutti i debitori, quanto a riguardo di uno o di alcuni tra loro soltanto. Siffatta rinunzia può essere espressa o tacita.

La rinunzia tacita alla solidalità in favore d' uno de' condebitori, risulta dal concorso (166) delle tre seguenti circostanze.

La prima, che il creditore abbia ricevuta separatamente la porzione di uno dei condebitori nel debito;

La seconda, che la quietanza esprima che la somma ricevuta è per la parte di tal debitore (167);

E la terza, che il creditore non vi abbia fatta alcuna riserva, tanto in particolare della solidalità, quanto in generale de' suoi diritti.

La rinunzia tacita alla solidalità risulta ancora dalla domanda formata dal creditore, della porzione del debitore nel debito, quando però

1211 questi vi abbia aderito (168), o siasi emanata
1164 sentenza conforme (169).

Del resto, la rinunzia sì tacita che espressa, essendo sempre una specie di liberalità, non giova che al debitore, in favore del quale è stata fatta, quand' anche il creditore non si avesse riserbato i dritti contro degli altri debitori, i quali sono sempre tenuti solidalmente, dedot-
1210 ta la porzione che questo debitore ha pagata al
1163 creditore (170). Ma se la remissione parziale della solidalità non giova agli altri condebitori, non può neppure loro pregiudicare. In conseguenza se uno di essi diventa insolvibile, la sua porzione nel debito viene per contributo (171) ripartita tra tutti i debitori, ed anche fra quel-
1215 li che sono stati precedentemente liberati dalla
1168 solidalità.

La rinunzia tacita alla solidalità dee restringersi a ciò che si trova esigibile al momento in cui si fa. Se dunque la somma ricevuta dal creditore separatamente per *la porzione del debitore*, *divisamente*, *e senza riserva*, fa parte dei frutti decorsi ed interessi del debito, si reputa non essersi rinunziato alla solidalità che per i frutti ed interessi scaduti, e non per quelli da scadere; nè tanto più pel capitale, a meno che il pagamento separato e senza riserva
1212 non si fosse continuato per dieci anni consecu-
1165 tivi (172).

SEZIONE VII.

Delle obbligazioni divisibili ed indivisibili.

Prima di esporre i principj relativi alla divisibilità o all' indivisibilità delle obbligazioni, fa d' uopo osservare che per lo più (173) non può esservi luogo ad alcuna quistione intorno a ciò fintantochè il debitore ed il creditore sono tutti e due vivi. Per quanto sia divisibile 1220 il debito, il debitore non può soddisfarlo par- *1173* zialmente, senza il consenso del creditore, a meno che ciò non sia stato espressamente convenuto in origine, ovvero autorizzato dopo dal 1244 giudice. *1197*

Ma la morte dell' uno o dell' altro dà luogo all' applicazione di quella antica regola che ci viene dalla legge delle dodici Tavole, e della quale noi abbiamo fatto già conoscere i principali effetti nel titolo *delle successioni*; cioè che *i debiti ed i crediti che costituiscono lo stato attivo e passivo della eredità si dividono di pieno dritto tra gli eredi.* Da un' altra parte però, siccome ad onta della generalità di questo principio, esso non può aver luogo finchè la divisione è possibile, così è stato necessario di stabilire alcune regole tendenti a far conoscere in quali casi una obbligazione sia o no divisibile.

Una obbligazione è divisibile quando ha 1217 per oggetto una cosa che è suscettibile di divi- *1170* sione, tanto materiale che intellettuale. Nel ca- 1218 so contrario, essa è indivisibile. *1171*

La divisione materiale è quella che può

farsi in parti realmente ed effettivamente divise ; l' obbligazione di consegnare dieci staja di grano è un' obbligazione materialmente divisibile.

La divisione intellettuale è quella che non esiste che in mente , *quae solo intellectu fit* , quando la cosa , sebbene non suscettibile di divisione reale , può nondimeno essere posseduta da più persone per porzioni indivise. Un cavallo , per esempio , è suscettibile di quest' ultima specie di divisione (174).

La cosa che forma l' oggetto della obbligazione può essere indivisibile , o di sua natura, o pel rapporto sotto il quale è stata considerata nella obbligazione.

1218
1171

Di sua natura , quando non si può supporre alcuna divisione, sì reale che intellettuale di questa cosa , come un diritto di passaggio , di vista ec.

Pel rapporto ec. , quando la cosa è naturalmente divisibile , ma che il modo col quale è stata osservata nella convenzione deve farla considerare come indivisibile : tale è l' obbligazione di fabbricare una casa (175). La semplice convenzione delle parti non basterebbe per dare all' obbligazione il carattere d' indivisibilità. Così per esempio nell' obbligazione di pagare una somma di danaro , quando fosse stipulato che anche dopo la morte del debitore essa non potrebbe essere soddisfatta parzialmente , codesta convenzione che dovrebbe senza dubbio essere eseguita , non renderebbe per ciò l' obbligazione indivisibile (176).

L' obbligazione di fare può egualmente essere divisibile o indivisibile secondo la natura del fatto che n' è l' oggetto. Quindi l' obbliga-

ivi

zione di fabbricare una casa è riguardata come indivisibile: quella di lavorare dieci moggia di terra sarebbe considerata come divisibile.

La medesima distinzione può essere applicata all' obbligazione di non fare. Quella di non andare a Roma è indivisibile; quella di non fabbricare su d' un terreno qualunque è divisibile, almeno *effectu*, siccome noi l' abbiam precedentemente veduto (177).

Posti questi principj, noi ci facciamo a trattare separatamente di cadauna di queste due specie di obbligazioni.

§. I.

Degli effetti dell' obbligazione divisibile.

Quando l' obbligazione è divisibile, il principio generale è, come l' abbiamo detto, che gli eredi del creditore non possano ripetere il debito, e quelli del debitore non siano tenuti a pagarlo che per le porzioni loro spettanti nella eredità del loro autore (178). 1220 *1173*

Questo principio ammette però alcune eccezioni riguardo agli eredi del debitore.

1. Se trattasi di un debito ipotecario: in questo caso l' azione personale resta bensì divisa tra tutti gli eredi; ma l' azione reale o ipotecaria può, come fu detto nel titolo *delle Successioni*, essere diretta per lo totale contra quello o quelli tra loro che possedono beni immobili vincolati al credito; perchè l' ipoteca è di sua natura indivisibile, e sussiste intieramente sopra ogni immobile, e sopra cadauna porzione dell' immobile vincolato, salvo il regresso di 1221 *1174* 2114 *2000*

colui che ha pagato contra ciascuno de' suoi coeredi giusta l' articolo 875, *705*.

2. Se trattasi della restituzione di un pegno mobiliare vincolato al pagamento di un debito eziandio divisibile e quand' anche il pegno fosse egualmente tale: l' indivisibilità che è la medesima tanto per lo pegno che per l' ipoteca, fa che uno degli eredi del debitore, ad onta che abbia pagato la sua porzione nel debito, non possa però ricuperare il pegno, neppure per la parte che ha nel medesimo, prima che sia intieramente soddisfatto il debito alla cui sicurezza il pegno è vincolato; e reciprocamente, che uno degli eredi del creditore, non può, quand' anche avesse ricevuta la sua parte del debito, restituire alcuna porzione del pegno prima che tutti gli altri coeredi siano interamente pagati. Egli è lo stesso se vi sono più cose date in pegno: nessuna può esserne reclamata nel primo caso, nè restituita nel secondo, se non dopo l' intera soddisfazione del debito.

2083
1953

3. Quando il debito è di un determinato corpo: quello tra gli eredi nella cui quota questo corpo è caduto può essere convenuto per lo totale, salvo ad esso il regresso contro i di lui coeredi.

1221
1174

4. Quando la cosa è perita per il fatto o la colpa di uno dei coeredi; in questo caso la divisione del debito che ha luogo *ipso jure*, facendo che l' obbligazione di ognuno di essi sia distinta e separata da quella de' suoi coeredi, ne deriva che quei che non han contribuito alla perdita sono tutti nel caso di un debitore di corpo determinato, il quale è liberato per la perdita della cosa dovuta; perdita accaduta senza alcun fatto che siagli imputabile. Il credito-

1302
1256

re ha dunque regresso per lo valore totale dell' oggetto, ed ancora pei danni ed interessi se occorre, solamente contra l' erede per lo fatto del quale la cosa è perita.

5. Quando un solo degli eredi è, in forza del titolo, incaricato dell'adempimento dell'obbligazione (179).

6. Quando si tratti di debiti alternativi, ancorchè tutte le cose comprese nella obbligazione fossero divisibili (180); ciò che per altro bisogna intendere in questo senso, che ogni erede non è ammesso a pagare la sua porzione in una delle cose, se non in quanto gli altri acconsentano a pagare parimente la loro nella medesima cosa; cosicchè quand' anche il creditore avesse volontariamente ricevuta la parte di uno degli eredi in una delle cose dovute, questo pagamento non diverrebbe definitivo e valido che quando gli altri eredi avessero pagata la loro parte nella medesima cosa. La stessa disposizione si applica nelle obbligazioni indeterminate.

7. Quando risulti, o dalla natura della obbligazione (181), o dalla cosa che ne forma l'oggetto (182), o dal fine che si è avuto di mira nel contratto (183), essere stata intenzione de' contraenti che il debito non potesse soddisfarsi parzialmente. In questi casi, sebbene l' obbligazione sia divisibile, nondimeno ogni erede può essere convenuto per lo totale, salvo ad esso il regresso contro i di lui coeredi (184).

1221
1174

8. Finalmente, quando prima del pagamento tutte le porzioni si trovano riunite in una sola persona. Lo stesso ha luogo in questo caso, riguardo agli eredi del creditore, quando

il debito è divenuto divisibile per la di lui morte (185).

§. II.

Degli effetti dell' obbligazione indivisibile.

Dalla natura dell' obbligazione indivisibile risulta, che essa non può essere parzialmente soddisfatta. Se dunque essa è stata contratta congiuntamente da più persone, o a favor di più persone, ciascuno de' debitori vi è tenuto per la totalità del debito, come ciascuno dei 1222 creditori può esigerne il pagamento per la to- 1175 talità del credito (186).

In ciò l' indivisibilità produce il medesimo effetto che produce la solidalità; ma, eccettuato questo punto, bisogna ben guardarsi dal confondere l' obbligazione indivisibile con la solidale. Elleno sono distintissime sotto molti altri rapporti, come ci accingiamo a farli conoscere; locchè indicherà nel medesimo tempo i principali effetti della obbligazione indivisibile.

Primieramente l' indivisibilità provenendo dalla natura della obbligazione, diviene una qualità reale che non può esserne separata, e 1223 che passa con essa agli eredi, in guisa che 1176 ciascun degli eredi del debitore ne è tenuto, 1224 e ciascuno degli eredi del creditore può esiger- 1177 ne il pagamento per lo totale. La solidalità, al contrario, non appartenendo alla natura dell' obbligo, ma al fatto personale delle parti, ed alla loro convenzione particolare, non impedisce che l' obbligazione non si divida tra gli eredi di ciascun creditore o di ciaschedun

debitore: dal che risulta come lo abbiam veduto nella precedente sezione, che nella obbligazione solidale l'interruzione della prescrizione riguardo ad uno degli eredi di un condebitore non produce alcun effetto riguardo ai suoi coeredi, e non ha effetto riguardo agli altri condebitori, che per la porzione di cui questo erede è tenuto (187); dovechè se l'obbligazione è indivisibile, la prescrizione che è interrotta riguardo ad uno degli eredi del debitore, lo è egualmente non solo a riguardo de' suoi coeredi, ma eziandio, e pel totale, a riguardo degli altri debitori della medesima cosa, se ve ne sono (188). 2249 2155

Seconda differenza, che è una conseguenza della prima. Se vi è solidalità, e che per effetto della inesecuzione dell'obbligazione primitiva, essa venga a convertirsi in una obbligazione di danni e interessi, la solidalità esiste per la seconda obbligazione come per la prima; che se avvi soltanto indivisibilità, l'obbligazione dei danni e interessi essendo sempre divisibile, ciascuno dei debitori non n'è tenuto, e ciascheduno dei creditori non può esigerne il pagamento che per la sua parte.

In terzo luogo, nella obbligazione solidale, uno dei debitori, citato a pagare, non può domandare che si chiamino in causa i suoi condebitori, perchè egli dee realmente il totale da se solo, od in virtù della sua propria obbligazione; mentrechè nella obbligazione indivisibile, il debitore citato, non dovendo il totale in virtù della sua obbligazione particolare, può domandare un termine per chiamare in causa i suoi condebitori, purchè però il debito non

sia di tal natura che non possa essere soddisfatto che da lui solo (189); nel qual caso egli
1225 può essere condannato solo per lo totale, salvo
1178 il suo regresso contro chi di ragione.

In quarto luogo finalmente, nella obbligazione solidale tra creditori, se uno di essi ha fatto remissione del debito, esso viene a di-
1198 minuirsi di pieno dritto sino alla concorrenza
1151 della sua porzione; dovechè nella obbligazione indivisibile, se un degli eredi del creditore ha liberato il debitore a titolo gratuito od oneroso, gli altri possono ancora pretendere l'intera esecuzione dell' obbligo (190), a condizione però
1224 di addebitarsi il valore (191) della porzione di
1177 colui che ha fatta la remissione.

Sezione VIII.

Delle obbligazioni con clausola penale.

La clausola penale è quella con cui una persona, per assicurare l' adempimento di una convenzione, si obbliga a qualche cosa nel caso d' inadempimento. Questa clausola è dunque un' obbligazione secondaria ed accessoria, il cui oggetto è di assicurare l' esecuzione dell'
1226 obbligazione principale e di fissare anticipata-
1179 mente l' ammontare dei danni ed interessi che il
1229 creditore avrà dritto di reclamare in caso d' i-
1182 nesecuzione. Quindi parecchie conseguenze:

La prima, che se l' obbligazione principale è nulla, l' obbligazione penale lo è egualmente (192), ma senza reciprocanza; giacchè
1227 il principale può esistere senza l' accessorio, ma
1180 non l' accessorio senza il principale;

La seconda, che la domanda dei danni e interessi essendo sempre facoltativa nella persona del creditore, egli può ogni qualvolta l' obbligazione principale è ancora eseguibile, agire per l' esecuzione della medesima, in vece di domandare la pena stipulata; 1228 *1181*

La terza, che la clausola penale essendo la valutazione e stima fatta dalle stesse parti del danno che avrebbe sofferto il creditore in conseguenza dell' inadempimento dell' obbligazione principale, egli non può domandare nel tempo istesso la cosa e la pena (193). Se però la pena fosse stata stipulata per lo semplice ritardo, allora essa sarebbe la compensazione del danno risultante dal solo ritardo; e se questo realmente vi fosse, il creditore potrebbe domandare prima la pena e poi la cosa. 1229 *1182*

Stabiliti questi principj, resta a determinare quando e come la pena sia incorsa.

§. I.

Quando siavi luogo all' applicazione della clausola penale.

Bisogna distinguere intorno a ciò tra le obbligazioni di dare, di fare, o di prendere, e di quelle di non fare.

Se l' obbligazione è di dare, di fare o di prendere, la pena è incorsa dal momento che il debitore è in mora (194). 1230 *1183*

Se l'obbligazione è di non fare, la pena è dovuta tosto che la cosa è stata fatta (195). La prova della contravvenzione sta nel fatto medesimo. 1145 *1099*

§. II.

Come la clausola penale debba essere applicata.

Per risolvere così fatta quistione bisogna distinguere il caso in cui il debitore è tuttora vivente da quello in cui l' esecuzione è diretta contro i suoi eredi.

Nel primo caso, l' inesecuzione totale dell' obbligazione dà luogo all' applicazione della pena in totalità, talmentechè non è tampoco in facoltà del giudice di nulla aggiungervi o diminuirvi (196).

1152
1106

Noi diciamo *l' inesecuzione totale :* imperocchè se l' obbligazione principale è stata in parte eseguita (197), allora siccome ripugnerebbe all' equità che il creditore imborzasse interamente la pena ed una parte della cosa, così vi potrebbe (198) esser luogo a modificare la pena, sulle basi di una stima equa e proporzionale, per la quale in caso di contestazione si renderebbe necessario il ricorso ai tribunali.

1231
1184

Ma se il debitore è morto, allora il modo di applicazione della clausola penale dipende dalla natura dell' obbligazione principale. Se questa è divisibile, l' altra si divide egualmente ; in conseguenza gli eredi del debitore non essendo tenuti all' esecuzione dell' obbligazion principale che per la loro porzione ereditaria, se alcuni tra loro l' avessero eseguita per quel tanto che li riguarda, sarebbero liberati dalla pena che incorrono i soli contravventori, e per

la parte soltanto (199) di cui questi ultimi eran 1233
tenuti nell' obbligazione principale. *1186*

Ma se l' obbligazione è indivisibile, basta che un solo degli eredi contravvenga perchè facciasi luogo all' applicazione in totalità (200); e come questa pena è ordinariamente divisibile, ciascheduno degli eredi allora la incorre per la sua quota e porzione (201), salvo il suo regresso contro il contravventore, che può anche essere citato dal creditore direttamente e 1232
per la totalità (202). *1185*

Lo stesso ha luogo quando l' obbligazione penale è stata aggiunta nell' intenzione che l' obbligazione principale, tuttochè divisibile, non potesse però essere parzialmente eseguita (203), se uno degli eredi del debitore ne avesse im- 1233
pedita l' esecuzione. *1186*

CAPITOLO IV.

Dell' effetto delle obbligazioni convenzionali (204).

Le obbligazioni convenzionali producono tre principali effetti.

1. Esse hanno forza di legge per coloro che le hanno contratte. In conseguenza non possono essere rivocate che, o per mutuo loro consenso (205), o per le cause autorizzate 1134
dalla legge. *1088*

Ma se le convenzioni producono questo effetto riguardo ai contraenti tra loro medesimi, non è lo stesso rapporto ai terzi, ai quali, 1165
come lo abbiamo detto, non possono pregiudi- *1118*

care giammai (206), ma possono bensì lor giovare in tre casi:

1. Quando il terzo si trova nella condizione apposta ad una convenzione che riguarda le
1121 parti contraenti, e che questo terzo ha dichia-
1075 rato di volerne approfittare (207);

2. Quando vi è fidejussione o solidalità, le convenzioni fatte tra il creditore ed il debitore principale od uno dei condebitori solidali,
1281 e che tendono all' estinzione del debito, gio-
1235 vano ai fidejussori o agli altri condebitori (208).

3. Finalmente, i creditori possono esercitare contro i terzi i diritti, azioni e ragioni del loro debitore, purchè però non si tratti di
1166 diritti esclusivamente inerenti alla persona del
1119 debitore medesimo (209). I creditori possono pure, in loro proprio nome, impugnare (210) gli atti (211) fatti dal loro debitore in frode o a pregiudizio de' loro dritti (212) conforman-
1167 dosi d' altronde alle regole prescritte, secondo la
1120 natura degli atti che vogliono impugnare (213).

Il secondo effetto delle obbligazioni è di dar luogo al risarcimento dei danni e interessi in caso di rifiuto o di ritardo nella esecuzione.

Il terzo è di supporre sempre la buona fede nella esecuzione, vale a dire che esse ob-
1134 bligano non solo a ciò che vi si è espresso,
1088 ma anche alle conseguenze che l' equità, l' uso
1135 o la legge attribuiscono all' obbligazione secon-
1089 do la di lei natura.

Noi diciamo *secondo la natura delle obbligazioni*, avvegnachè sia d' uopo distinguere per ciò che concerne quest' ultimo effetto ed il precedente, tra l' obbligazione di dare e quella

di fare o di non fare. Noi vedremo dunque in questo capitolo.

1. Quali sieno gli effetti della obbligazione di dare;

2. Quali siano quelli dell' obbligazione di fare o di non fare;

3. Quali siano le regole da osservarsi per la retta interpretazione delle convenzioni;

4. Finalmente, quando e come siavi luogo a rifazione di danni e interessi per causa d' inesecuzione o di ritardo nella esecuzione delle obbligazioni.

Sezione I.

Degli effetti dell' obbligazione di dare.

L' obbligazione di dare include quella di consegnare la cosa; e quando essa si applica ad un corpo certo e determinato, contiene inoltre l' obbligazione di custodirlo e conservarlo sino all' atto della consegna. In quest' ultimo caso, il debitore è tenuto ad usare tutta la diligenza di un buon padre di famiglia, tanto se la convenzione non abbia per oggetto che l' utilità di una delle parti, quanto se abbia per iscopo la loro utilità comune, salva però la maggiore o minore estensione di questa obbligazione relativamente a certi contratti (214); locchè sarà spiegato sotto i rispettivi titoli che li riguardano. Ma in nessun caso il debitore è tenuto a rispondere degli eventi fortuiti o della forza maggiore a meno che non sia in mora, o quando se ne abbia volontariamente assunto il pericolo ed addossato l' incarico mediante una clausola particolare appo-

1136 *1090* 1137 *1091* 1148 *1102*

sta nel contratto, oppure quando l'evento fortuito non sia stato preceduto da una negligenza colpevole per di lui parte che vi abbia dato occasione.

Nei contratti traslativi di proprietà, l'obbligo di consegnare la cosa rende il creditore proprietario dal momento che l'obbligazione è
1138 contratta (215), e senza che siavi bisogno di
1092 tradizione.

Nondimeno questo principio soggiace a parecchie eccezioni.

Quindi, qualora trattisi di effetti mobili, se l'obbligo di consegnare la stessa cosa venne contratto successivamente con più persone, quella che prima fu immessa nel possesso reale, è preferita, ancorchè il di lei titolo fosse poste-
1141 riore di data, purchè però ella sia in buona
1095 fede (216).

In secondo luogo, noi abbiamo veduto che quando l'obbligazione è contratta sotto una condizione sospensiva, il creditore non diviene proprietario che dal momento in cui si adempie la condizione.

In terzo luogo, quando l'obbligazione è alternativa, o indeterminata, egli è evidente che l'oggetto di queste sorta di obbligazioni non essendo certo, non avvi che la tradizione, o la scelta fatta dalla parte che ne ha la facoltà, ed accettata dall'altra, o giudicata valida, che possano determinare la cosa sulla quale il creditore ha diritto.

In quarto luogo finalmente, noi abbiamo veduto, al titolo *delle donazioni*, che la proprietà dell'immobile donato non era trasferita, riguardo ai terzi, che mediante la trascrizione.

Dall' essere il creditore proprietario dall' istante che contraesi l' obbligazione, risulta che la cosa è a suo rischio da questo istesso istante, quantunque non sia seguita la tradizione. Bisogna però eccettuare il caso in cui il debitore è in mora di consegnare; egli è allora responsabile di tutti gli accidenti sopravvenuti dopo la mora anche per caso fortuito, a meno che non possa provare che l' accidente sarebbe ancora avvenuto in mano del creditore se la cosa gli fosse stata consegnata. 1138 *1092* 1302 *1256*

Il debitore è in mora, 1. quando la cosa ch' egli si è obbligato di dare o di fare (217), non poteva esser data o fatta (218) che dentro un determinato spazio di tempo ch' egli ha lasciato trascorrere; 1146 *1100*

2. Pel solo effetto della convenzione, allorquando questa è fatta a tempo determinato, e che si è espressamente stipulato che la mora avrebbe luogo per la sola scadenza del termine prefisso, e senza necessità di alcun atto (219); 1139 *1093*

3. In tutti gli altri casi, il debitore è costituito in mora, o mediante intimazione, o in forza di un altro atto equivalente (220), o qualche volta per effetto d' una domanda in giudizio, secondo la natura dell' obbligazione. *ivi* 1153 *1107*

Sezione II.

Degli effetti dell' obbligazione di fare o di non fare.

Non si può in rigore, e senza attentare alla libertà naturale, costringere un individuo a fare ciò ch' ei non vuole, o impedirlo di fare

per suo proprio bene quello che vuole; ma si può, in questi due casi, punirlo, s'egli ha contravvenuto (221) a quelle obbligazioni che aveva volontariamente contratte. Quindi ne deriva la massima, che ogni obbligazione di fare o di non fare, si risolve, in caso d'inadempimento per parte del debitore, nella rifazione dei danni ed interessi. 1142 *1096*

Con tutto ciò, se trattasi di una obbligazione di fare (222), e che il fatto possa essere adempito da un terzo, il creditore può essere autorizzato a far eseguire l'obbligazione a spese del debitore, e senza pregiudizio dei danni ed interessi risultanti dal ritardo. 1144 *1098*

Egualmente, se l'obbligazione è di non fare, e che ciò che fu fatto in contravvenzione possa essere distrutto, il creditore ha diritto di domandarne la distruzione; e può eziandio farsi autorizzare a distruggerlo a spese del debitore, sempre però senza pregiudizio de' danni ed interessi, quando vi sia luogo. 1143 *1097*

Sezione iii.

Dell' interpretazione delle convenzioni.

Accade frequentemente che noi siamo obbligati d'interpretare le convenzioni, sia perchè le parti stesse si sono spiegate in modo oscuro, sia perchè un avvenimento sopraggiunto posteriormente al contratto fa nascere una impreveduta quistione che non pertanto è d'uopo decidere.

Non v'ha dubbio che devesi allora ricorrere all'intenzione delle parti, ove sia possibi-

le di scoprirla; talmentechè, quand' anche il senso letterale delle parole vi paresse contrario sarebbe d'uopo ancora preferibilmente attenersi alla intenzione (223). 1156 *1109*

Per egual modo, se trattasi di decidere quali siano le cose comprese nella convenzione, anche in tal caso hassi a ricorrere alla sola intenzione, per quanto generali siano d' altronde i termini ne' quali è concepita la convenzione (224). 1163 *1116*

Tutto questo non ammette veruna difficoltà, qualora la prova dell' intenzione chiaramente risulti dal tenor del contratto; ma nel caso contrario, è d' uopo esser paghi di una semplice presunzione fondata o sulla ragione, o sull' uso, o sulla natura stessa del contratto in quistione.

Sulla ragione: laonde, quando una clausola è suscettibile di due sensi, l' uno de' quali non producesse alcun effetto, si deve ragionevolmente presumere che le parti abbiano avuto in mira quel senso nel quale la clausola può aver qualche effetto piuttosto che quello con cui non ne potrebbe produrre alcuno (225). 1157 *1114*

La ragione dice egualmente che tutte le clausole di un medesimo atto si debbono interpretare le une per mezzo delle altre, dando a ciascuna il senso che risulta dall' atto intero (226). 1161 *1114*

Sull' uso: perchè non si presume, quando non siavi una stipulazione formale, che le parti abbiano voluto dipartirsi dall' uso ordinario. In conseguenza le disposizioni che presentano qualche incertezza, s' interpretano sempre da ciò che si pratica nel paese dove si è stipulato il contratto (227). 1160 *1113*

Anzi l' uso, in materia di convenzione, ha una sì grande autorità, che deesi sempre, quando però il contratto non risulti espressamente dall' atto, sostituirvi ed apporvi le clau- 1160 sole che sono di uso, ancorchè non siano espres- 1113 se (228).

Sulla natura del contratto: perchè si presume sempre che le parti abbiano voluto uniformarvisi, fintantochè non abbiano manifestata un' intenzione contraria. Quando dunque in una convenzione si è espresso un caso qualunque, se la clausola non è concepita in modo esclusivo, si reputa che le parti abbiano voluto con ciò dare un esempio od una spiegazione 1164 della loro intenzione, anzichè circoscrivere l'ob- 1117 bligazione al caso espresso (229).

Similmente se una clausola od una espressione sono suscettibili di due sensi che presentino entrambi un risultato ammissibile, si dee 1158 preferire quello che è più conveniente alla na- 1111 tura del contratto (230).

Finalmente, se tutte le cose sono eguali da ambe le parti, la clausola dubbia dee inter- 1162 pretarsi contro il creditore, che è ordinariamen- 1115 te l' arbitro d' imporre le condizione, e che deve imputare a se stesso di non essersi spiegato più chiaramente: e se trattasi di un contratto sinallagmatico perfetto, la clausola dubbia s'interpreta contro colui che dee consegnare la cosa, poichè si presume che egli sia stato l' ar- 1602 bitro d' imporre quelle condizioni che più gli 1448 piacessero.

Sezione iv.

Dei danni ed interessi risultanti dall' inesecuzione o dal ritardo nell' esecuzione delle convenzioni.

La stima della perdita che una persona ha sofferta, e del guadagno di cui fu privata, si comprendono sotto la denominazione generale di *danni ed interessi*. Quindi quando si dice che il debitore è tenuto a rifare i danni e interessi del creditore, s' intende che egli dee risarcirlo della perdita o della privazione del guadagno che gli ha cagionato, sia coll' inesecuzione dell' obbligo, sia per la cattiva esecuzione (231), sia ancora per lo semplice ritardo nella esecuzione. 1149 *1103*

I danni ed interessi sono dovuti quando il debitore è in mora, o se l' obbligo è di non fare, dal momento che vi ha contravvenuto col fare. Non è necessario a questo fine che siavi mala fede per parte del debitore. Essi sono dovuti pel solo fatto della inesecuzione, o del ritardo nella esecuzione, a meno che il debitore non provi che in conseguenza di una forza irresistibile o di un caso fortuito e impreveduto (232), venne impedito di dare o di fare ciò cui si era obbligato, o ha fatto ciò che gli era vietato. 1146 *1100* 1145 *1099* 1147 *1101* 1148 *1102*

Nondimeno, siccome non sarebbe giusto di punire la semplice negligenza, o la spensieratezza, come la mala fede, così si è dovuto fare qualche distinzione a questo riguardo, quan-

to alla fissazione (233) dei danni e interessi, ossia alla misura di risarcirli.

Se dunque non si può rimproverare al debitore alcun dolo, egli non è tenuto che per
1150 que' danni che furono preveduti, o che potevano
1104 esserlo all' epoca del contratto (234).

Ma se vi è dolo, egli è tenuto a tutti i
1151 danni che sono una conseguenza immediata e
1105 diretta del ritardo o della inesecuzione (235).

Del resto, queste distinzioni non possono aver luogo che in mancanza della convenzione, poichè se il caso del ritardo o della inesecuzione è stato previsto, e sia stata stipulata una determinata somma a titolo di danni e interessi, il giudice, come lo abbiamo detto, non
1152 può farvi alcun cangiamento (236). Ma nel si-
1106 lenzio del contratto, spetta ai tribunali di stabilire l' ammontare dalle condanne (237).

I principj ora da noi stabiliti relativamente alla prefissa misura dei danni e interessi, non sono applicabili al caso in cui l' obbligazione sia di pagare una somma pecuniaria; primieramente perchè i danni risultanti dal ritardo nell' adempiere questa specie di obbligazione variano all' infinito, ed in secondo luogo, perchè questo sarebbe un aprire la porta ad un'infinità di contratti usurarj, che una saggia legislazione dee impedire per quanto è possibile.

In questa obbligazione dunque, i danni ed
1153 interessi non possono mai, non ostante qualun-
1107 que stipulazione (238), eccedere gl' interessi fis-
1846 sati dalla legge (239), salve le regole partico-
1718 lari relative al contratto di società (240), alla
2028 fidejussione (241), ed al commercio (242); ma
1900 egualmente il creditore non ha bisogno, come

nelle altre obbligazioni, di giustificare alcuna perdita. Il solo fatto del ritardo basta, e gl'interessi decorrono, o di pieno diritto, nei casi contemplati dalla legge (243), o per effetto della convenzione, se fu stipulato che in mancanza di pagamento alla scadenza del termine, gl' interessi decorrerebbero di pieno dritto; o finalmente per la costituzione in mora del debitore.

1139 *1093* 1153 *1107*

Il debitore di una somma di danaro non è costituito in mora per ciò che concerne gl' interessi se non in forza di una domanda giudiziale (244); nondimeno può esserlo mediante una semplice citazione per conciliazione, purchè essa sia susseguita da una domanda proposta al più tardi entro un mese, decorribile dal giorno della non comparsa, o della non seguita conciliazione.

Pr. 57 T.

La mora del debitore fa decorrere gl' interessi non solo dei capitali, ma eziandio delle rendite maturate, come i fitti, le pigioni, le annualità scadute delle rendite perpetue o vitalizie. Lo stesso ha luogo riguardo alle restituzioni de' frutti e degl' interessi pagati da un terzo a discarico del debitore (245); ma in ogni caso gl' interessi non corrono che quando siavi una domanda giudiziale, una citazione seguita da domanda, od una stipulazione espressa.

1155 *1108*

Ma se la somma domandata consiste ella stessa in interessi scaduti dei capitali, essa non è suscettibile di produrre interesse, sia in forza di una domanda giudiziale, sia in vigore di una convenzione speciale, che in quanto trattasi d' interessi dovuti almeno per un anno intero (246).

1154 *T.*

CAPITOLO V.

Dell' estinzione delle obbligazioni.

Le obbligazioni si estinguono.
Col pagamento ;
Colla novazione ;
Colla remissione del debito ;
Colla compensazione ;
Colla confusione ;
Colla perdita della cosa dovuta ;
Colla nullità o rescissione ;
Per l' effetto della condizione risolutiva ;
E finalmente colla prescrizione (247), che formerà il soggetto di un titolo particolare. Noi abbiamo trattato della condizione risolutiva al capo III, sezione I §. 2. Or ci resta a parlare degli altri sette modi di estinguere le obbligazioni, che formeranno il soggetto delle sette seguenti sezioni.

1234
1187

Sezione I.

Del pagamento.

Il pagamento in generale è la prestazione reale di ciò che uno si è obbligato di dare o di fare.

Noi diciamo *in generale*, avvegnachè nello stile ordinario, sotto il nome di pagamento intendesi particolarmente l' adempimento della obbligazione di dare, e più sovente ancora di dare una somma di danaro ; ma veramente, in

diritto, ogni adempimento reale di una obbligazione qualunque dicesi pagamento.

Reale, per distinguere il pagamento di cui trattasi in questa sezione, dalla compensazione e dalla confusione, che sono pagamenti puramente fittizj.

Per far conoscere i principj relativi a questo modo di estinguere le obbligazioni, noi vedremo, da chi, a chi, quando, dove, e come il pagamento debb' esser fatto; come il pagamento debb' essere imputato, allorchè esitono più obbligazioni, e che non sono tutte soddisfatte; finalmente qual sia l' effetto del pagamento regolarmente adempito.

§. I.

Da chi debba essere fatto il pagamento.

Quando l' obbligazione è di fare, e che la considerazione della persona del debitore è entrata in qualche modo nella convenzione (248) il creditore può esigere che l' obbligazione sia soddisfatta dal debitore medesimo. Eccettuato questo caso, l' obbligazione di fare, come quella di dare, può essere soddisfatta da ogni persona, qualunque ella sia, malgrado il creditore (249). 1237 *1190* 1236 *1189*

Quanto all' effetto diverso che produce il pagamento qualora è fatto dal debitore, o da un terzo, noi ne tratteremo qui appresso al §. 7.

Quando l' obbligazione ha per oggetto di trasferire la proprietà (250), egli è evidente che il pagamento non è valido se non che quan-

do colui che paga è proprietario della cosa pagata, e di più, capace di alienare.

Nondimeno, se l' oggetto pagato anche da quello che non era proprietario, è una cosa fungibile, il pagamento diviene valido, quando il creditore ha consumata in buona fede (251)
1238 la cosa, salvo il regresso, se vi è luogo, del
1191 vero proprietario contro colui che ha pagato.

§. II.

A chi debba esser fatto il pagamento.

Perchè il pagamento sia valido, richiedesi che si faccia, o al creditore medesimo;

O al suo procuratore (252);

1239 O a colui che è autorizzato dalla legge (253),
1192 o dal giudice (254), a ricevere per lui;

O finalmente, alla persona indicata a tale effetto nella convenzione (255).

Il pagamento fatto a colui che non aveva procura dal creditore diventa valido se quest' ultimo lo ratifica, o se ne ha tratto vantag-
ivi gio (256), oppure se quegli che ha ricevuto il pagamento succede nel credito, sia come erede del creditore, sia a qualunque altro titolo.

Il pagamento è valido egualmente se fu fatto di buona fede (257) a colui che era in
1240 possesso del credito (258), ancorchè egli ne
1193 abbia in appresso sofferta l' evizione.

Da un' altra parte, il pagamento fatto al creditore medesimo, è nullo nei seguenti due casi.

1. Se egli non è capace di ricevere (259), a meno che in questo caso il debitore non pro-

vi (260) che la cosa pagata siasi realmente convertita in vantaggio del creditore;

1241
1194

2. Se il pagamento è stato fatto in pregiudizio di un sequestro o di un atto di opposizione (261), non è valido riguardo ai creditori sequestranti od opponenti, che possono in forza del loro diritto (262) costringere il debitore a pagare una seconda volta, salvo il suo regresso contra il creditore (263).

1242
1195

Non è necessario per la validità del pagamento che esso sia fatto col consenso del creditore. Può benissimo aver luogo, ed il debitore può essere liberato malgrado il creditore, mediante la consegnazione, la quale è un atto equivalente al pagamento, che può essere definito: il deposito della cosa o della somma dovuta, fatto nelle mani di una terza persona dietro il rifiuto del creditore, e colle debite formalità.

Noi diciamo *un atto equivalente al pagamento*, perchè il deposito non è un vero pagamento, essendone in ciò differente, che il pagamento estingue irrevocabilmente il debito, senza che sia neppure in poter delle parti di farlo rivivere; dovechè il deposito non estingue l'obbligazione in un modo irrevocabile se non che quando è stato accettato dal creditore, o fu dichiarato valido da una sentenza passata in giudicato (264).

1262
1215

Dietro il rifiuto del creditore: questo rifiuto dee constare da un processo verbale di offerte reali. Le condizioni necessarie per la validità di queste offerte, sono 1. che esse siano fatte al creditore capace di ricevere, o a colui che lo rappresenta;

2. Che esse siano fatte ad istanza di una persona capace di pagare (265);

3. Che il termine sia scaduto, nel caso che sia stato stipulato in favore del creditore;

4. Se l'obbligazione è condizionale, che la condizione sia adempita (266);

3. Che le offerte sieno fatte nel luogo convenuto pel pagamento (267); in mancanza di convenzione, alla persona o al domicilio del creditore (268), oppure al domicilio eletto per l'esecuzione dell'atto (269);

6. Che esse siano fatte per mezzo di un officiale pubblico, autorizzato a questa sorte di atti (270);

7. Che abbraccino la totalità della cosa (271) o della somma esigibile (272), degl'interessi dovuti, delle spese liquidate, e di una somma
1258 qualunque per quelle da liquidarsi, colla riser-
1211 va per qualunque supplimento;

8. Che il processo verbale di offerta indichi precisamente l'oggetto che si offerisce, in mo-
Pr. do che non sia possibile di surrogarvene un al-
812 tro; oppure, se è offerto del danaro, che ne
895 descriva la quantità e le specie delle monete;

9. Finalmente che questo stesso processo verbale faccia menzione della risposta, del ri-
Pr. fiuto o della accettazione del creditore, e se
813 questi ha firmato, ricusato o dichiarato di non
896 sapere o di non poter firmare.

Le offerte essendo fatte nei sopraddescritti
1257 modi, se il creditor le ricusa (273), il debitore
1210 può liberarsi, col depositare la somma o la cosa
1259 offerta, e senza aver bisogno di esservi autoriz-
1212 zato dal giudice (274).

Le formalità necessarie per la validità del deposito sono:

1. Che esso sia stato preceduto da una intimazione notificata al creditore, e contenente l' indicazione del giorno, ora, e luogo in cui la cosa offerta sarà depositata;

2. Che il debitore siasi spogliato del possesso della cosa offerta, consegnandola nel luogo indicato dalla legge (275) unitamente agl' interessi decorsi sino al giorno del deposito (276);

3. Che siasi steso dall' uffiziale ministeriale (277) un processo verbale indicante la natura delle specie offerte, il rifiuto di accettarle fatto dal creditore, o la sua mancanza a comparire, e finalmente il deposito;

4. Che nel caso in cui il creditore non sia comparso, gli sia stato notificato il processo verbale di deposito con l' intimazione di ritirare la cosa depositata (278). 1259 *1212*

Se ciò che è dovuto è una cosa certa la quale debba essere consegnata nel luogo in cui si trova il debitore, può questi far ingiungere al creditore di eseguire il trasporto con atto notificato alla sua persona, o al suo domicilio reale o a quello eletto per l'esecuzione della convenzione. Questa intimazione tien luogo di offerta e di deposito, e mette la cosa a rischio e pericolo del creditore. Se inoltre il debitore ha bisogno del luogo in cui la cosa è collocata, egli può essere autorizzato dal giudice a farla depositare in qualunque altro luogo. 1264 *1217* 1961 *1833*

In ogni caso, quando le offerte ed il deposito sono validi, le spese sono a carico del creditore (279). 1260 *1213*

L' effetto del deposito validamente fatto è

1257 quello di estinguere l' obbligazione, di liberare
1210 il debitore e di mettere la cosa a rischio del creditore (280); ma però l' estinzione dell' obbligo e la liberazione del debitore non sono definitivi ed irrevocabili, che quando il deposito è stato accettato dal creditore, o che fu dichiarato valido con una sentenza passata in giudica-
1262 to (281). Fino a quel punto il debitore può ri-
1215 tirarlo (282): e quando effettivamente lo ritiri,
1261 nè lui ne i suoi condebitori o fidejussori resta-
1214 no liberati.

Dopo l' accettazione del deposito, o la sentenza che lo ha dichiarato valido, il debitore può bensì ancora, col consenso del creditore, ritirare il deposito; ma ciò si riguarda come una nuova obbligazione contratta fra loro soltanto, e quindi affatto estranea ai condebitori o
1262 fidejussori, che restano sempre pienamente li-
1215 berati. È lo stesso dei privilegi ed ipoteche che erano originariamente vincolati al credito. Essi in virtù dell' accettazione o della sentenza rimangono irrevocabilmente estinti; e se il creditore acconsente in seguito che il deposito sia ritirato, egli non ha più ipoteca (283) che dal giorno della nuova inscrizione presa, in virtù dell' atto col quale egli ha acconsentito, purchè però
1263 quest' atto sia stato rivestito delle forme pre-
1216 scritte a produrre un' ipoteca.

§. III.

Quando il pagamento debba esser fatto.

Se l'obbligazione è pura e semplice, il creditore può esigere il pagamento quando gli piace.

Se essa è a tempo determinato, il creditore non può esigere il pagamento prima della scadenza del termine; ma il debitore può offrirlo a suo piacere (284) purchè, come lo abbiamo detto, il termine non sia stato convenuto a favore del creditore (285). 1187 *1140*

Se l'obbligazione è contratta sotto una condizione sospensiva, non solamente il creditore non può essere obbligato a ricevere, nè il debitore a pagare avanti l'adempimento della condizione; ma eziandio, se il debitore ha pagato per errore, può ripetere finchè la condizione non siasi adempiuta (286).

§. IV.

Dove il pagamento debba esser fatto.

Il pagamento debb'esser fatto nel luogo indicato nella convenzione (287).

Se non vi è indicazione di luogo, bisogna distinguere: se trattasi di una cosa certa e determinata, si presume che le parti abbiano voluto che il pagamento si facesse nel luogo ov'era la cosa al momento che fu contratta l'obbligazione (288). In tutti gli altri casi, il pagamento dee farsi nel domicilio del debitore (289) 1247 *1200*

1248 e le spese che detto pagamento può occasiona-
1201 re (290) sono a suo carico (291).

§. V.

Come il pagamento debba esser fatto.

Il debitore non può pagare che la cosa stessa che è dovuta. Quantunque il valore di quella che si è offerta fosse eguale ed anche maggiore, il creditore non può essere costretto a riceverla (292). Ma egualmente, se il debito è di una cosa certa e determinata, il creditore è tenuto a prenderla nello stato in cui essa si tro-
1243 va al tempo della consegna, eccettuati i due
1196 casi seguenti:

1. Se i deterioramenti provengono dal fatto o dalla colpa del debitore, o delle persone di cui esso dee rispondere;

2. Se i medesimi sono sopraggiunti, anche
1245 per caso fortuito, dopo però che il debitore è
1198 stato costituito in mora (293). In questi due casi, il creditore può domandare o la rescissione del contratto, o la rifazione de' danni e interessi, a norma delle circostanze (294).

Se il debito è di una cosa determinata soltanto dalla sua specie (295), come un cavallo, dieci staja di grano, il debitore non è te-
1246 nuto a darla della migliore qualità (296), ma
1199 non può offrirla della peggiore.

Noi abbiamo veduto, trattando *delle obbligazioni divisibili o indivisibili*, che durante la vita del creditore e del debitore, il pagamento per essere valido doveva essere intero, riguardo alla cosa dovuta: il debitore non può quindi costringere il creditore (297) a ricevere

il pagamento parziale (298) di un debito (299), ancorchè la cosa fosse per se divisibile. Nondimeno se la di lui situazione sembrasse meritare qualche benigno riguardo, i giudici possono autorizzarlo a dividere il pagamento in moderati termini o rate (300), sospendendo l'esecuzione giudiziale, e lasciando il tutto nello stato medesimo (301). Di questa facoltà però debbono i giudici usare con la più grande riserva. 1244 *1197*

Può per altro accadere che tutti i creditori di un medesimo debitore siano costretti a ricevere, anche di lui vita durante, un pagamento parziale; ed è quando egli trovasi nello stato di fallimento e che non vi esista fra i creditori alcuna ragione di preferenza (302). In questo caso vi è luogo al contributo fra essi in proporzione e *pro rata* dei loro crediti. 2093 *1963*

§. VI.

Dell' imputazione dei pagamenti.

L'imputazione di un pagamento è l'indicazione del debito che il pagamento dee estinguere. È chiaro non esservi luogo a quistione su questo particolare, se non quando vi sieno più debiti, e che il pagamento offerto non sia sufficiente ad estinguerli tutti.

L'imputazione si fa dalle parti, o in loro mancanza, per effetto della legge.

Dalle parti: spetta generalmente al debitore il dichiarare quale sia il debito che egli intende pagare. Egli non ha tampoco bisogno dell'approvazione del creditore per fare l'imputazione (303), eccettochè in un sol caso; ed è 1253 *1206*

quando dovendo egli pagare tutto in una volta e un capitale e gl' interessi di questo capitale, egli vuole imputare la somma pagata nel capitale in preferenza degli interessi. Se il creditore vi si ricusa, l' imputazione ha luogo
1254 di dritto prima sugl' interessi (304) e solo sus-
1207 sidiariamente sul capitale. Questa osservazione è tanto più importante, quanto che se il creditore, acconsentendo all' imputazione, rilasciasse quietanza del capitale senza fare riserva degl' inte-
1908 ressi, questi si presumerebbero già pagati ed il
1780 debitore interamente liberato.

Se il debitore non fa l' imputazione il creditore ha diritto di farla, ma nel medesimo istante, vale a dire nella quietanza, e quando essa fu così fatta, il debitore che l' ha accettata non può più contestare l' imputazione, a me-
1255 no che non siavi intervenuto dolo o sorpresa
1208 per parte del creditore (305)

Quando l' imputazione non è stata fatta nè dall' uno, nè dall' altro, essa ha luogo *ipso jure*, e per effetto della sola legge, ma prima sul debito scaduto in preferenza a quello che ancora non lo è, e sebbene questo ultimo sia più oneroso. Se il pagamento non basta per soddisfare tutti i debiti già scaduti, l' imputazione si fa sopra quello che il debitore aveva maggior interesse di soddisfare (306). Se tutti i debiti sono della stessa natura, l' imputazione si fa sul
1256 più antico (307); in pari stato di cose, essa
1209 si fa proporzionalmente su tutti.

§. VII.

Dell' effetto del pagamento e della surrogazione.

Egli è evidente che il pagamento fatto dal debitore medesimo che abbia la richiesta capacità e di una cosa di cui egli è proprietario, produce l'effetto di estinguere interamente l'obbligazione, tanto a di lui riguardo, quanto a riguardo del creditore, e di tutti gli accessorj (308) del debito.

Ma quando il pagamento è fatto da un terzo, bisogna distinguere; se questo terzo è interessato a soddisfare l'obbligazione, come sarebbe un fidejussore, un condebitore solidale, l'obbligazione è bensì estinta per rapporto al creditore cui non compete più alcuna azione esercibile; ma essa non lo è del pari rapporto ai debitori, ed agli accessorj dell'obbligazione medesima, a cagione della surrogazione legale che ha luogo in tal caso. 1251 *1204*

Non è lo stesso qualora l'obbligazione viene soddisfatta da un terzo che non ha interesse di sorta; allora essa è estinta, come se il pagamento fosse stato fatto dal debitore medesimo (309). Se però questo terzo avesse pagato, ma in suo proprio nome, e non già a nome ed a discarico del debitore, e che si fosse fatto inoltre surrogare dal creditore (310), questo non sarebbe allora, propriamente parlando, un pagamento, ma una semplice traslazione di credito; ed in conseguenza l'obbligazione del creditore non rimarrebbe estinta (311). 1236 *1189*

Da questi principj risulta, che ogni qualvolta la surrogazione ha luogo per effetto, sia della legge, sia della convenzione delle parti, il pagamento soddisfa bensì il creditore, ma l' obbligazione però sempre sussiste a riguardo del debitore e degli accessorj, i quali non fanno allora che cangiare di creditore. È dunque cosa essenziale il determinare quando siavi surrogazione, e come questa possa operarsi.

Si distinguono in diritto due specie di surrogazione: la reale, e la personale.

Avvi surrogazione reale, quando una cosa prende il posto di un' altra, e che viene considerata essere della stessa natura e qualità: quì non si tratta di questa specie di surrogazione (312).

La surrogazione personale può definirsi: il cangiamento di creditore senza novazione del debito. Essa ha luogo tutte le volte che i diritti del creditore passano ad un terzo. Essa è convenzionale o legale.

1249
1202

La surrogazione convenzionale è quella che risulta dall' accordo fatto col creditore o col debitore.

Col creditore: quando egli riceve il suo pagamento da un terzo che lo surroga in tutti i suoi diritti ed azioni contra il debitore (313). Fa d'uopo che questa surrogazione sia espressa, e fatta nel medesimo tempo in cui si fa il pagamento (314). Essa può aver luogo senza il consenso del debitore.

1250
1203

Col debitore: quando egli prende ad imprestito una somma di danaro ad effetto di pagare il debito, sotto la condizione di surrogare il mutuante nei diritti del creditore. In que-

sto caso, la surrogazione si opera senza il consenso di quest' ultimo; ma perchè esso sia valido riguardo ai terzi, fa d' uopo primieramento che l' atto di mutuo e la quietanza del creditore siano fatti davanti notajo (315); ed in secondo luogo, che venga dichiarato nell' atto medesimo, che la somma è stata imprestata ad oggetto di fare il pagamento (316), e nella quietanza, che il pagamento è stato fatto coi danari provenienti da detto imprestito (317). 1250 *1203*

La surrogazione legale è quella che ha luogo di pieno dritto; e senza stipulazione particolare, a favore di qualunque persona, che paga un debito alla di cui soddisfazione ella può aver interesse (318).

Tali sono: 1. Il creditore (319) che paga un altro creditore che ha diritto di essergli preferito (320) in ragione dei suoi privilegj od ipoteche (321);

2. L' acquirente di un immobile, il quale impiega il prezzo del suo acquisto nel pagare (322) i creditori a favore de' quali il fondo era ipotecato (323);

3. Colui che essendo obbligato con altri o per altri (324) al pagamento del debito, ha interesse di soddisfarlo;

4. Finalmente, l' erede beneficiato che paga coi proprj danari i debiti ereditarj. 1251 *1204*

L' effetto della surrogazione sì legale che convenzionale è di mettere interamente il surrogato in istato e luogo del creditore, di cui egli può in conseguenza esercitare tutti i diritti, privilegj ed ipoteche, tanto contro il debitore principale, quanto contro i terzi obbligati personalmente od ipotecariamente al debito, senza

però che questa surrogazione possa pregiudicare ai diritti del creditore medesimo, il quale, quando il pagamento non fu che parziale, è sempre 1252 preferito al surrogato per lo restante che gli è *1205* dovuto sopra il suo credito (325).

Sezione ii.

Della novazione.

La novazione è la sostituzione di un nuovo debito all' antico, che in conseguenza rimane estinto.

Di un nuovo debito: bisogna dunque, affinchè si verifichi la novazione, che vi siano due obbligazioni; una antica che è estinta (326), ed una nuova che l' è sostituita. Laonde, 1. la 1272 novazione non può effettuarsi che tra persone *1226* capaci di contrattare (327);

2. Se la seconda obbligazione è condizionale (328), la novazione non ha luogo che in forza dell' adempimento della condizione (329);

3. Se non vi è che una semplice indicazione fatta dal debitore, di una persona che debba ricevere per lui (330), è chiaro non es-1277 servi alcun cangiamento di obbligazione, e con-*1231* seguentemente veruna novazione.

Che in conseguenza rimane estinta: l' estinzione di una obbligazione non presumendosi facilmente, e potendo talvolta essere nocevolissima al creditore, ne deriva che la semplice presunzione non basta del pari a stabilire la novazione. Non esigesi per verità che le parti abbiano espressamente e testualmente dichiarato, che esse volevano far novazione; ma bisogna

almeno che la volontà di effettuarla risulti chia- 1273
ramente dall' atto (331). 1227

La novazione si fa in tre maniere.

Primieramente quando non avvi che un semplice cangiamento di obbligazione, senza intervento di alcuna nuova persona (332).

In secondo luogo, quando vi è cangiamento di creditore, e nel medesimo tempo nuova 1271
obbligazione dal lato del debitore. 1225

Noi diciamo *nuova obbligazione*, imperocchè richiedesi in questo caso, ad oggetto che si verifichi la novazione, che il debitore contragga un nuovo debito verso una terza persona, d' ordine del primo creditore, che consente a liberarlo. Questo è ciò che distingue il caso presente da quello in cui il creditore ha puramente e semplicemente ceduto ad un terzo il suo credito. Vi è allora bensì cangiamento di creditore, conciossiachè dall' istante che sif- 1690
fatta cessione viene notificata al debitore, co- 1536
stui è liberato riguardo al cedente, e non può 1691
più ad altri pagare che al cessionario; ma sic- 1537
come questo trasporto può farsi, e si fa ordinariamente senza l' intervento del debitore, e conseguentemente senza che siavi per di lui parte una nuova obbligazione, sussiste sempre la medesima obbligazione, nè vi è novazione.

In terzo luogo finalmente, quando vi è cangiamento di debitore, lo che avviene quando una persona s' incarica del debito di un terzo col consenso del creditore, che discarica in conseguenza l' antico debitore (333). Questa 1271
specie di novazione può effettuarsi senza il con- 1225
corso del primo debitore. Quando egli v' inter- 1274
viene, e ciò che accade più spesso, quando 1228

presenta egli stesso la terza persona che dee incaricarsi del debito, e che è ordinariamente uno de' suoi debitori, questo è ciò che si chiama *delegazione* (334), la quale, propriamente parlando, è una doppia novazione, come si può scorgere nel caso seguente :

» Paolo, debitore di Giacomo, della som» ma di 3000 franchi, e creditore di Pietro di » una simile somma, presenta quest' ultimo a » Giacomo, verso il quale Pietro si obbli» ga (335) per la detta somma di 3000 franchi. » Vi è allora come lo abbiamo detto, duplica» ta novazione, se però tale è stata l' inten» zione delle parti : perciocchè Pietro è libe» rato verso di Paolo; Paolo lo è egualmen» te verso di Giacomo, e non rimane che il » nuovo debito o sia la novella obbligazione di » Pietro verso di Giacomo » (336).

Dicemmo, *se tale è stata l' intenzione delle parti* : avvegnachè in fatti, perchè quest' atto includa novazione, almeno riguardo a Giacomo, fa d' uopo ch' egli abbia manifestata
1275 l' evidente intenzione (337), che intendeva di
1229 liberar Paolo, suo primo debitore; nel qual caso non ha più regresso contro di lui, quand' anche il delegato Pietro divenisse insolvibile, a meno che l' atto non ne contenga la riserva espressa (338), o che il delegato non
1276 fosse di già in aperta decozione, o fallimen-
1230 to (339), al momento della delegazione.

La novazione estinguendo il debito, ne estingue parimente tutti gli accessorj. In conseguenza, i privilegj ed ipoteche annesse all' antico credito non passano al nuovo, cioè in quello che gli è sostituito, quando il creditore

non ne abbia fatta espressa riserva (340); ed in questo caso stesso se vi sono più debitori anche solidali, la riserva non può aver effetto che sui beni di quegli tra di essi che ha contratta la nuova obbligazione. 1278 *1332* 1280 *1234*

É chiaro inoltre che se la novazione siasi effettuata pel cangiamento del debitore, i primitivi privilegj ed ipoteche del credito non possono passare sui beni del debitore (341) anche col suo consenso. 1279 *1233*

Per conseguenza dello stesso principio, la novazione fatta tra il creditore ed il debitore principale, libera i fidejussori. Nondimeno se il creditore non ha acconsentito alla novazione che sotto la condizione che i fidejussori accederebbero alla nuova obbligazione, il loro rifiuto facendo mancare la condizione, si reputa che il secondo obbligo non abbia mai esistito, e che in conseguenza la novazione non siasi operata. Lo stesso ha luogo, come lo abbiamo veduto, nel caso della novazione fatta con un debitore solidale, sotto la condizione dell' adesione de' suoi condebitori. 1281 *1235*

Sezione III.

Della rimessione del debito.

É di massima che in tutto ciò che non è d' ordine pubblico, è facoltativo ad ognuno di rinunziare al proprio dritto. Se dunque il creditore che ha il libero esercizio de' suoi diritti (342), acconsente a rimettere il debito, l' obbligazione è estinta, ed il debitore liberato.

Codesta remissione può effettuarsi in due modi, espressamente o tacitamente.

La remissione espressa, che dicesi pure *convenzionale*, è quella che risulta da un atto formale passato tra il debitore ed il creditore, od il suo procuratore speciale.

La remissione tacita è quella che risulta da un fatto che dee far presumere nel creditore la volontà di estinguere il debito (343); tale è la remissione o la consegna volontaria fatta da lui al debitore, del titolo della obbligazione. Avvi però una distinzione da farsi in questo caso. Se il titolo nasce da scrittura privata (344), la remissione volontaria (345) dell'originale fa prova completa della liberazione (346).
1282
1236

Se vi è minuta, la consegna eziandio volontaria della prima copia autentica non fa presumere la remissione del debito od il pagamento, che quando il creditore non è in istato di fare la prova contraria (347).
1283
1237

L'obbligazione principale potendo sussistere senza l'obbligazione accessoria, la rimissione o consegna volontaria della cosa data in pegno, importa bensì la liberazione del pegno ma non fa presumere la remissione del debito (348). Per la stessa ragione, la rimessione personale e gratuita fatta al fidejussore non libera nè il debitore principale, nè gli altri fidejussori (349).
1286
1240
1287
1241

Noi abbiamo detto *la remissione personale* (350): imperocchè se essa è reale, per esempio, se il creditore ha lasciata al fidejussore quietanza pura e semplice del debito, o se in un atto fatto con esso, egli ha dichiarato di avere il debito come soddisfatto, la rimissione giova a tutti coloro che vi hanno interesse (351).

Nel dubbio, la rimissione espressa fatta al fidejussore si presume sempre personale, perocchè l'obbligo del fidejussore essendo necessariamente distinto da quello del debitor principale e degli altri fidejussori, il creditore è sempre, tranne il caso di prova contraria, considerato avere voluto liberare il fidejussore dalla obbligazione particolare, anzichè estinguere totalmente il debito.

Codesta ragione non potendo applicarsi ai debitori solidali la cui obbligazione è una e la stessa per tutti (352), la rimessione espressa o tacita, fatta ad uno di essi, si presume sempre reale, e libera in conseguenza tutti gli altri. Nondimeno se la rimessione è convenzionale, e che il creditore siasi espressamente (353) riservati i suoi diritti contra gli altri debitori, egli potrà procedere contro di essi, dedotta però la parte (354) di quello a cui fece la rimessione. 1284 *1238* 1285 *1239*

Noi diciamo *la rimessione gratuita*: imperocchè se il creditore ha ricevuta qualche cosa dal fidejussore al quale ha accordato la liberazion personale, quello che ha ricevuto debb' essere imputato nel debito, e tornare a vantaggio e discarico di tutti gl' interessati. 1288 *1242*

Quanto alla remissione anche personale fatta al debitor principale, non vi è dubbio ch' essa non liberi tutti i fidejussori (355). L' accessorio non può esistere dopo l' estinzione del principale (356). 1287 *1241*

Sezione IV.

Della compensazione.

La compensazione è un pagamento reciproco e fittizio, che si effettua allorquando due
1289 persone si trovano debitrici l'una verso dell'al-
1243 tra (357).

Si possono distinguere due specie di compensazioni: l'una legale, e l'altra facoltativa.

La compensazione legale è quella che ha luogo di pieno dritto, quando i due crediti riu-
1290 niscono le qualità e condizioni richieste affinchè
1244 la compensazione si effettui.

Queste condizioni sono: 1. che i due debiti abbiano per oggetto una somma di danaro, od una quantità di cose fungibili della stessa natura e qualità: se però uno di questi consistesse in una somma pecuniaria, e l'altro in grani od altre derrate, il di cui prezzo fosse
1291 regolato dalle *mercuriali* (358), la compensazio-
1245 ne sarebbe ammessa;

2. Che i due crediti siano liquidi (359), vale a dire, che consti esser dovuto, e quanto
ivi è dovuto;

3. Che essi siano tutti e due esigibili; ciò
1292 nullaostante il termine di grazia non è un osta-
1246 colo alla compensazione (360);

4. Che il debito opposto in compensazione sia dovuto alla persona stessa che lo oppone (361): quindi il debitore principale non può opporre la compensazione di ciò che il creditore de-
1294 ve al fidejussore, sebbene quest'ultimo possa
1248 opporla di ciò che è dovuto al debitor principale;

5. Che il debito opposto in compensazione sia dovuto dalla persona stessa a cui viene opposto (362). Quindi il debitore di un minore, citato ad oggetto di pagamento dal tutore, non può opporre la compensazione di ciò che quest' ultimo gli deve. Così il debitore al quale è stato notificato un atto di cessione del credito che esiste contro di lui, essendo divenuto con ciò debitore del solo cessionario, non può opporgli la compensazione dei crediti ch' egli potrebbe avere acquistati contro il cedente dopo l' intimazione (363); e nel modo istesso, se la cessione, in vece di essere stata intimata al debitore, fosse stata da esso accettata senza riserva, si riputerebbe che egli avesse rinunziato al diritto di opporre la compensazione, eziandio per i crediti anteriori alla sua accettazione (364).

1690 *1536* 1295 *1249*

È in conseguenza di questo principio, che nel caso di sequestro, il debitore non possa opporre a pregiudizio del sequestrante la compensazione dei crediti posteriori al sequestro (365).

1298 *1252*

6. Che il debito contro il quale si oppone la compensazione non sia del numero di quelli eccettuati dalla legge. Sono eccettuati:

La domanda di restituzione di una cosa, il cui proprietario è stato ingiustamente spogliato (366);

La domanda di restituzione di un deposito (367), o di un comodato (368);

Finalmente qualunque debito il cui titolo derivi da alimenti o da oggetti dichiarati dalla legge (369) o dal donante non soggetti a sequestro.

1293 *1247* 1981 *1853*

Quando i due debiti riuniscono in se me-

desimi tutte queste condizioni; la compensazione si effettua di pieno dritto; donde risulta primieramente che i due debitori reciprocamente si estinguono (370) per la sola forza della legge, ed eziandio senza saputa dei debitori, sino all' ammontare delle loro rispettive quantità, nel momento stesso in cui i due
1290
debiti esistono contemporaneamente; ed in se-
1244
condo luogo, che la compensazione estingue parimente tutti gli accessorj del debito, come sarebbero le sicurtà, i privilegj, le ipoteche, ec. A colui dunque che potendo opporre la compensazione (371), non lo fece per error di diritto (372), e pagò, altro più non rimane, di rigoroso diritto, che l' azione detta *condictio indebiti* (373) per farsi restituire ciò che ha pagato. Ma supponendo che, giusta i termini dell' articolo 1299 *1253*, si possa pretendere *ex aequitate*, che il primo debito non sia estinto per ciò che riguarda il debitore, almeno è provato che il creditore non può più prevalersi, a
1299
pregiudizio dei terzi (374), dei privilegj od i-
1253
poteche che erano annesse al credito primitivo.

La compensazione facoltativa è quella che ha luogo, quando uno dei due crediti soltanto riunisce le qualità prescritte per la compensazione. In questo caso, la parte alla quale questo credito è dovuto può opporre la compensazione; ma essa non può esserle opposta. Laonde quegli che ha un debito non esigibile può offrirne la compensazione con uno esigibile, di cui egli è creditore (375); ma se ricusa di compensare, non si può obbligarvelo. La compensazione è altresì facoltativa, quando i due debiti non sono pagabili nello stesso luogo. In que-

sto caso, ciascuno dei debitori non può opporre la compensazione altrimenti che offrendo di computare le spese di consegna (376) nel luogo del pagamento. 1296 *1250*

La compensazione facoltativa differisce dalla legale, perciocchè non ha luogo di pieno diritto, ma solamente quando la parte, che può opporla, ha dichiarato essere nell' intenzione di farlo (377).

In tutti i casi ne' quali ha luogo la compensazione, essa equivale al pagamento. Se dunque la stessa persona ha più debiti, e tutti compensabili (378), si debbono osservare per la compensazione le regole stabilite qui sopra per l' imputazione. 1297 *1251*

Sezione V.

Della confusione.

Chiamasi in generale *confusione* il concorso nello stesso soggetto di due qualità che si distruggono. Quindi, per ciò che riguarda le obbligazioni, il medesimo individuo non potendo essere ad un tempo istesso creditore e debitore di un medesimo debito (379), ne deriva che, dal momento che queste due qualità si riuniscono nella stessa persona (380), succede una confusion di diritti, che estingue l' obbligazione. 1300 *1254*

Bisogna nondimeno osservare una differenza essenziale tra la confusione e gli altri modi di liberazione, come il pagamento, la compensazione ed altri simili. Codesta differenza consiste in ciò, che il pagamento, ec. giova a tutti gl' interessati, perchè fa che la cosa non sia più dovuta, e che per conseguenza non ri-

manga più niente dell' obbligazione sì principale che accessoria, laddove che la confusione fa solamente che la persona, nella quale concorrono le due qualità di creditore e di debitore, cessi di essere obbligata, mentre non può esserla verso se stessa; ma d' altronde l' obbligazione in se medesima non è estinta, che in quanto questa persona si trovi debitrice principale ed unica.

Debitrice principale: giacchè è bene evidente che la confusione che si effettuerebbe nella persona del fidejussore (381), estinguerebbe soltanto l' obbligo della fidejussione, ma non già l' obbligazione principale.

Debitrice unica: poichè se il debito fosse solidale, la confusione operata nella persona di uno de' condebitori (382) non gioverebbe agli altri che per la sua parte e porzione nel debito (383).

1301 *1255*

È possibile che il concorso delle due qualità di creditore e di debitore non abbia luogo che per una parte del debito. In questo caso, la confusione non si opera, ed il debito non è estinto che colla proporzione medesima (384).

Sezione vi.

Della perdita della cosa dovuta.

Noi abbiamo veduto che l' obbligazione di dare conteneva, oltre l' obbligo di consegnare la cosa nel tempo prescritto, quello ancora di conservarla sino al momento della consegna con la diligenza medesima di un buon padre di famiglia.

1136 *1090* 1137 *1091*

Quando adunque il debitore ha adempita

l' ultima di queste obbligazioni, e che malgrado ogni sua cura e precauzione, la cosa venne a deteriorarsi o a perire o ad essere posta fuor di commercio, egli non può più essere astretto a consegnarla. È in questo senso precisamente che la perdita della cosa dovuta importa l'estinzione dell' obbligo di consegnarla (385). 1302 *1256*

Giusta i principj superiormente stabiliti al capo III, sezione V, facilmente si scorge che questo modo di liberazione non può in generale (386) aver luogo riguardo alle obbligazioni indeterminate, *genus non perit*: esso non si applica dunque che alle obbligazioni di cose certe e determinate (387); ed ancora fa d' uopo che il debitore provi e giustifichi, che la cosa è perita per caso fortuito: altrimenti si presume perita per di lui fatto (388) o colpa, e in questo caso l'obbligazione continua ad esistere, ma cangia di oggetto (389); ed invece della cosa stessa che non può più essere consegnata, il debitore è tenuto a pagarne il prezzo (390) unitamente ai danni e interessi, se vi è luogo (391). *ivi*

Questa disposizione è applicabile anche al caso in cui la perdita della cosa è avvenuta per un evento fortuito; quando il debitore se n'era assunto egli stesso il pericolo; quando la di lui negligenza colpevole avesse data occasione al caso fortuito; o finalmente quando fosse stato costituito in mora prima dell' infausto accidente: eccettochè in quest' ultimo caso, egli non possa provare che la cosa sarebbe egualmente perita presso lo stesso creditore ove già gli fosse stata rimessa (392). 1807 *1653* 1302 *1256*

Anche quando non avvi nè colpa nè mora

per parte del debitore, l'equità esige che egli debba cedere al suo creditore (393) i diritti e le azioni d'indennità, se alcune gliene compe-
1303 tono, riguardo alla cosa perita, posta fuori di
1257 commercio, o smarrita.

Le distinzioni stabilite nella presente sezio-
ne non possono essere invocate dal ladro: in
1302 qualunque modo la cosa rubata sia perita (394),
1256 egli è sempre tenuto a restituirne il valore.

Sezione vii.

Dell' azione di nullità o di rescissione delle convenzioni.

Era cosa importante nell' antico dritto di stabilire la distinzione tra la nullità e la rescissione: imperocchè quando la convenzione era nulla, bastava domandarne od opporne la nullità per farla pronunziare (395); dovechè s' ella non fosse che rescindibile (396), bisognava prendere delle lettere di rescissione (397) che il giudice all' occorrenza rendeva esecutorie.

La formalità di queste lettere essendo nell' attuale diritto pienamente cessata, cotesta distinzione non è più necessaria, e fa d' uopo egualmente rivolgersi ai tribunali per far pronunziare la nullità o la rescissione della convenzione.
1117 Il perchè noi vediamo che il codice indifferen-
1071 temente si serve di queste due espressioni (398).

Checchè ne sia, una convenzione può essere nulla o riguardo all' interesse pubblico, o riguardo all' interesse privato soltanto.

Una convenzione è nulla riguardo all' interesse pubblico, quando la nullità è fondata so-

pra motivi che hanno un rapporto diretto coll' ordine pubblico, o coi buoni costumi. Tale sarebbe un' obbligazione per causa illecita, quella sopra una successione futura, quella che derogasse alle disposizioni relative alla patria, o maritale podestà, ec.

Una convenzione è nulla riguardo all' interesse privato, quando i motivi di nullità sono fondati principalmente (399) sull' interesse de' privati, come nel caso di errore, violenza, dolo, minore età, ec.; o nel caso d' inosservanza delle formalità richieste per la validità dell' atto; tali sono le nullità delle donazioni, ec.

Queste due specie di nullità differiscono, 1. in ciò che le prime (cioè quelle dell' ordine pubblico) sono assolute, ed infettano l' obbligazione di un vizio radicale, talmente che può chiedersene la nullità da chiunque vi abbia interesse (400), ed eziandio, venendo il caso (401), dal ministero pubblico. Le altre, al contrario, sono relative, vale a dire non possono essere invocate se non da coloro per l' interesse de' quali sono stabilite.

2. Per conseguenza dello stesso principio, le prime non possono esser sanate (402) da alcuna ratifica; dovechè le seconde possono sanarsi sia collo scorrer del tempo, sia con una valida ratifica, come lo mostreremo in progresso della presente sezione.

Le nullità della prima specie essendo in generale trattate sotto i rispettivi titoli che le riguardano, noi non abbiamo qui ad accuparci che di quelle della seconda specie. Vedremo in primo luogo, quali siano le differenti cause di nullità o di rescissione delle convenzioni; 2. entro

qual termine debbano essere allegate ; 3. qual sia l'effetto della sentenza che ammette la domanda di nullità o di rescissione ; 4. come possa effettuarsi la ratifica di una obbligazione nulla o rescindibile.

§. I.

Delle diverse cause di nullità o di rescissione.

Le cause di rescissione o di nullità della seconda specie possono ridursi alle seguenti :

Errore ;
Violenza ;
Dolo ;
Lesione ;
Mancanza dell' oggetto ;
Mancanza di causa ;
Causa falsa o illecita ; (403)
Mancanza di autorizzazione maritale ;
Minore età ;
Interdizione ;
Mancanza di formalità prescritte per la validità dell' atto (404).

Nel principio di questo titolo noi abbiamo trattato delle sette prime cause. Quanto alla mancanza delle formalità , noi abbiamo veduto, e vedremo in seguito , sotto cadauno titolo , in qual caso essa porti la nullità dell' atto e delle convenzioni ed obbligazioni che contiene. Rimane dunque soltanto ad esporre in questo paragrafo i principj relativi alle obbligazioni contratte dai minori , dagli interdetti , e dalle donne maritate non autorizzate.

L' incapacità del minore e dell' interdetto

essendo stabilita unicamente per il loro interesse, non può essere opposta che da essi soli o dai loro eredi. Quindi la parte capace che ha contrattato col minore o coll' interdetto, non solamente non può opporre l' incapacità di quest' ultimo ma ancora essa non può, nel caso in cui la nullità è domandata dal minore o dall' interdetto, reclamare il rimborso di ciò ch' essa ha pagato in virtù dell' obbligazione, durante la minore età o l' interdizione, eccetto che non provi, che quanto ha pagato, fu convertito in vantaggio di colui che chiede la rescissione (405). Le medesime disposizioni hanno luogo riguardo alla donna maritata che ha contrattato senza essere autorizzata (406), salvo che la rescissione può essere chiesta non solo da essa, ma dal di lei marito ancora, e dai suoi eredi (407). 1125 1079 1312 1266 225 214

Avvi però questa differenza tra l' incapacità dell' interdetto o quella del minore, che la prima essendo fondata sull' impossibilità legale nella quale trovasi l' interdetto di emettere un consenso valido, qualunque obbligazione da esso contratta può essere annullata per ciò solo che essa è posteriore alla sua interdizione (408), laddovechè l' incapacità del minore non essendo fondata che sulla presunta debolezza del suo giudizio, egli non può impugnare gli atti dai quali risulta la presunzione contraria, vale a dir quelli che non gli erano pregiudizievoli al momento in cui furono fatti, ancorchè per l' effetto di un evento fortuito ed impreveduto, gli fossero divenuti in seguito svantaggiosi (409). In una parola, l' interdetto è restituito come interdetto, mentrechè il minore non è restitui- 302 425 1306 1260

to semplicemente come minore (410): non avvi che la lesione risultante dal contratto, la quale possa dar luogo alla rescissione in suo favore (411). Ma però, per tenue che sia questa lesione, può essere sempre da lui invocata contro qualunque sorta di atti (412), o contro
1305 quelli che eccedono i limiti della sua capacità,
1259 se egli è emancipato.

Pertanto, come l'abbiam visto nel lib. 1, se tutte le formalità prescritte dalla legge per la validità dell'atto passato col minore sono state adempiute, egli non può essere restituito
1314 che nel caso in cui il maggiore istesso lo sa-
1268 rebbe.

Quanto alla donna maritata, basta la mancanza di autorizzazione, perchè la chiesta rescissione debba essere pronunciata (413).

Il minore essendo ad una certa età capace di delinquere, non può essere restituito contro le obbligazioni risultanti dal suo delitto, o dal suo quasi-delitto (414). Lo stesso avviene in caso di dolo per di lui parte. Contuttociò la semplice dichiarazione (415) di maggior età da lui fatta, non si riguarderebbe come un dolo sufficiente per impedire la restituzione (416).

Noi abbiamo veduto nel trattato *della minore età*, che il minore commerciante, banchiere o arteggiano, non può restituirsi in intiero contro le obbligazioni contratte per ragione del suo commercio, o della sua arte, quando d'altronde sono state osservate le formalità pre-
1308 scritte dall'articolo 2 † 6 del codice di Com-
1262 mercio.

Parimente il minore non può restituirsi in intiero contro le convenzioni stipulate nel suo

contratto di matrimonio, quando queste furono fatte coll' approvazione ed assistenza di quelli il di cui consenso è necessario per la validità del matrimonio. 1309 *1263*

§. II.

Del termine per intentare l' azione di nullità o di rescissione.

In generale, il termine per intentare l' azione di nullità o di rescissione, è di dieci anni (417), a meno che motivi d' interesse pubblico non abbiano determinato il legislatore a fissare un termine più breve (418).

I dieci anni debbono essere utili, vale a dire che non decorrono se non dal giorno in cui quegli per interesse del quale fu stabilita la nullità, sia stato in situazione di agire (419). Se dunque la nullità è domandata per causa di violenza, il tempo non decorre che dal giorno in cui cessò la violenza (420).

Se è per causa di errore, o di dolo, dal giorno in cui questi furono scoperti;

Se è per mancanza di autorizzazione maritale, dal giorno dello scioglimento del matrimonio (421);

Se è per causa di minore età dal giorno della maggior età.

Finalmente se trattasi di atti fatti da un interdetto, o da colui al quale fu deputato un consulente giudiziario, dal giorno in cui è tolta l' interdizione o rivocata la nomina del consulente (422). 1304 *1258*

§. III.

Dell' effetto della sentenza (423) che ha ammessa la domanda di nullità o di rescissione.

Quando la domanda di nullità o di rescissione è ammessa con una sentenza passata in cosa giudicata, l' effetto di questa sentenza è che le parti sono rimesse nello stesso stato che se l' atto nullo non fosse mai esistito (424).

§. IV.

Della ratifica degli atti soggetti a nullità od a rescissione.

Le nullità delle quali qui trattasi, essendo tutte, come lo abbiamo detto, stabilite per l'interesse privato, egli è evidente che le medesime non possono opporsi da coloro che hanno ratificato l' atto soggetto a nullità od a rescissione, ancorchè la nullità risultasse da una mancanza di formalità (425). 1311 *1265*

La ratifica può essere espressa o tacita.

La ratifica espressa è quella che risulta da un atto enunciante formalmente l' intenzione di ratificare. Perchè essa sia valida è d' uopo che l' atto che la contiene racchiuda inoltre la sostanza dell' obbligo, e la menzione del motivo per lo quale la nullità o la rescissione poteva essere domandata (426). 1338 *1292*

La ratifica tacita è quella che risulta o dalla esecuzione volontaria dell' obbligazione (427),

o dal silenzio osservato nel decorso del tempo accordato dalla legge per domandare la restituzione. 1115 *1069*

La ratifica espressa e la tacita hanno ciò di comune : 1. che non possono aver luogo che dopo la cessazione della causa dell' incapacità ; 1338 *1292*

2. Che esse debbono emanare da quegli per l' interesse del quale la nullità è stabilita (428). Per la qual cosa , come già lo abbiamo veduto al titolo *delle Donazioni*, la ratifica espressa o tacita degli eredi o aventi causa dal donante , dopo la morte di quest' ultimo (429), sana ogni specie di nullità concernente le donazioni , mentrechè quella fatta dal donante medesimo non produce alcun effetto ; 1339 *1293* 1340 *1294*

3. Finalmente , che esse non possono pregiudicare ai diritti dei terzi (430). 1338 *1292*

CAPITOO VI.

Della pruova dell' esistenza e dell' estinzione delle obbligazioni.

Quegli che domanda l' esecuzione di una obbligazione, dee provar ch' essa esiste ; *onus probandi incumbit actori.* Ma egualmente , dimostrata che sia una volta l' esistenza dell' obbligazione , colui che pretende di esserne stato liberato , dee giustificare il pagamento od il fatto che ha prodotto l' estinzione della sua obbligazione. È dunque necessario nel terminare questo trattato *delle Obbligazioni*, di far conoscere come si possa provare la loro esistenza o la loro estinzione. 1315 *1269*

Questa prova può farsi in cinque modi :

Per iscritto ;
Per mezzo di testimonj ;
Per presunzione ;
1316 Per confessione della parte ;
1270 E col giuramento.

Noi tratteremo separatamente di questi differenti generi di prova.

Sezione I.

Della pruova per iscritto.

La pruova per iscritto è quella che risulta da titoli. Intendesi generalmente per titolo qualunque scrittura che tende a provare un' obbligazione, o la sua liberazione.

I titoli sono autentici, per iscrittura privata, o senza firma ;
Originali, o copie ;
Primordiali, o confermativi.

§. I.

Dei titoli autentici, o con privata scrittura o senza firma.

Del titolo autentico.

Il titolo è quello che è stato ricevuto da pubblici uffiziali autorizzati ad attribuirgli la pub-
1317 blica fede. nel luogo (431) in cui fu l' atto sti-
1271 pulato (432).

Se l' ufficiale pubblico è incapace (433) o incompetente (434), oppure se le solennità richieste non sono state osservate (435), l' atto
1318 vale come scrittura privata, quando sia sotto-
1272 scritto dalle parti (436) : altrimenti esso è in-

teramente nullo (437), salvo, ne' due casi, il ricorso, se vi è luogo, per danni e interessi contra l'officiale pubblico (438).

Il principale effetto dell'autenticità dell'atto è che fa piena fede da se medesimo, finchè non venga impugnato per falso (439); ed i tribunali debbono in conseguenza ordinarne l'esecuzione provvisionale senza cauzione. Pr. 135 226

Nel caso d'inscrizione in falso bisogna distinguere: se questa è promossa in falso principale (440), l'esecuzione dell'atto (441) impugnato per falso resta sospesa coll'introduzione dell'accusa (442); se poi è di falso incidente (443), i tribunali possono, a norma delle circostanze, sospendere provvisionalmente l'esecuzione dell'atto. 1319 1273

L'atto autentico fa fede non solo tra le parti contraenti, e loro eredi od aventi causa da essi, ma eziandio a riguardo dei terzi, salve le seguenti distinzioni:

In primo luogo, se l'atto consiste in una contro-scrittura (444), esso non ha effetto riguardo alle terze persone (445); 1321 1275

In secondo luogo, gli atti autentici fanno fede tra i contraenti, non solo della convenzione che vi è stipulata, ma eziandio di quelle cose le quali non sono state espresse che in modo enunciativo, purchè l'enunciativa abbia una diretta relazione colla disposizione (446). Quanto alle enunciative estranee alla medesima, esse possono tutto al più servire in certi casi per un principio di pruova per iscritto, e solo riguardo alle parti. 1320 1274

Degli atti con iscrittura privata.

L' atto per iscrittura privata è quello che è rivestito soltanto della firma delle parti, od almeno di quella che si obbliga.

Tre differenze essenziali rimarcansi tra l'atto autentico e la scrittura privata, quanto alla prova che ne risulta.

La prima si è, che l' atto autentico, come lo abbiamo detto, fa piena fede da se medesimo fintantochè non vi sia querela di falso, ed anche in questo caso, incumbe a colui che lo pretende falso, il provarlo: l'atto per iscrittura privata, al contrario, non fa fede che in quanto è stato riconosciuto, espressamente o tacitamente (447), o pure tenuto per riconosciuto da quelli che hanno interesse per non riconoscerlo, talmente che la semplice negativa del convenuto può sospenderne l' esecuzione; e tocca allora all' attore il provarne la verità. In una parola, l'atto autentico, anche impugnato, presumesi vero, finchè non è provato che sia falso; dovechè l' atto per iscrittura privata, quando è negato, presumesi falso fino alla prova contraria.

Quegli dunque contro cui si produce un
1323 atto privato che apparisce rivestito della sua fir-
1277 ma, può limitarsi a negarlo (448), cioè ricusare di riconoscerlo; e se l' attore insiste, se ne ordina la verificazione giudiziale, e si procede
1324 ad istanza dell' attore medesimo (449). Lo stesso
1278 ha luogo tanto più riguardo agli eredi o aventi causa da quello da cui l' atto apparisce emanato. Essi non sono neppure obbligati a formal-

mente impugnarlo; ma possono limitarsi a dichiarare che non conoscono la scrittura o la firma del loro autore, ed allora se ne ordina, 1323
come sopra, la verificazione. *1277*

Ma dopo la ricognizione espressa o tacita, volontaria (450) o forzata, l' atto per iscrittura privata fa tra quelli che hanno sottoscritto, 1322
e fra i loro eredi ed aventi causa, la stessa fe- *1276*
de dell' atto autentico; e quindi se ne deve or- Pr.
dinare egualmente l' esecuzione provvisionale 135
senza cauzione. *226*

Dicemmo *tra quelli che hanno sottoscritto*, ec. dappoichè riguardo alle terze persone (451) gli atti per iscrittura privata non si considerano esistere che dal giorno in cui sono prodotti, o da quello in cui acquistano una data certa (452), sia in virtù del registro, sia per la morte d' uno dei sottoscritti, sia finalmente quando la loro sostanza resti comprovata in atti autentici, come sarebbero processi verbali di apposizione di suggelli (453), d' inven- 1328
tario, atti di deposito od altri (454). *1283*

La seconda differenza tra l' atto autentico e la scrittura privata consiste in ciò, che il primo traendo la sua forza dal carattere del pubblico officiale che l' ha ricevuto, è valido, ancorchè le parti non lo abbiano sottoscritto, purchè però contenga la menzione della dichiarazione da esse fatta di non sapere o non potere sottoscrivere (455). La scrittura privata al contrario, non avendo altra forza che quella che risulta dalla firma delle parti, dee generalmente (456) parlando essere sottoscritta, almeno da quella parte che si obbliga. Ed anzi, se l' obbligazione è di pagare (457) una somma di da-

naro od una cosa valutabile, richiedesi inoltre che l'atto sia scritto intieramente dalla mano di colui che dee sottoscriverlo, o per lo meno è necessario che oltre la sua sottoscrizione egli scriva di propria mano un *buono* ovvero un *ap-*
1326 *provato* indicante *in lettere per esteso* la som-
1280 ma o la quantità della cosa (458): e nel caso che la quantità o la somma espressa nel *buono* od *approvato* diversifichi da quella espressa nel *buono*, od *approvato*, si presume che l'obbligazione, a meno che non sia provato il contrario (459), sia per la somma o quantità minore;
1327 ancorchè l'atto, come pure il *buono* fossero scritti
1281 per intero di mano di colui che si è obbligato. La prima disposizione non è applicabile ai mercanti (460), artigiani, lavoranti, vignajuoli, gior-
1326 nalieri o servitori, la sottoscrizione de' quali ba-
1280 sta per la validità dell'atto (461).

Finalmente la terza differenza tra l'atto autentico e quello fatto con privata scrittura, consiste in ciò che il primo, quantunque fatto in un solo originale, fa piena fede tra tutte le parti e in tutti i casi; laddove gli atti o le scritture private, quando contengono convenzioni sinallagmatiche perfette (462), non sono valide se non quando siano fatte in altrettanti originali quante sono le parti che vi hanno un interesse distinto (463). Ogni originale dee contenere inoltre la menzione del numero degli originali che si sono fatti (464), senza però che la mancanza di questa menzione possa essere op-
1325 posta da colui che ha eseguita per parte sua la
1279 convenzione contenuta nell'atto (465).

Degli scritti non firmati.

Si distinguono tre specie di scritti non firmati, ma che però sono suscettibili di essere presi in considerazione é che anzi fanno fede in certe circostanze. Tali sono i libri dei mercatanti, i registri e carte domestiche, e le annotazioni apposte appiedi, in margine od a tergo di un atto autentico o di una scrittura privata.

È bensì di massima, generalmente parlando, che nessuno possa formare un titolo a se medesimo. Ciò nondimeno, si è creduto bene di ammettere in favor del commercio una eccezione riguardo ai libri de' mercadanti. In fatti, sebbene questi libri non facciano prova da se medesimi contra le persone non commercianti (466), possono però, a norma delle circostanze, determinare il giudice a deferire il giuramento all' una o all' altra delle parti (467); 1329 *1283* ma se questi libri non provano da se medesimi in favore del mercadante, provano però contro di lui (468); ma bisogna allora prenderli quali sono, senza poter dividere il loro contenuto (469). 1330 *1284*

Quanto ai registri e carte domestiche, queste non possono mai formare una pruova a favore di colui che le ha scritte (470); ma fanno fede contro di esso in due casi (471).

1. Quando enunciano formalmente la ricevuta di un pagamento;

2. Quando enunciano un obbligo per parte di quegli che le ha scritte, purchè in quest'ultimo caso contengano la menzione espressa (472),

1331 che la nota è stata fatta per supplire alla man-
1285 canza di titolo in favore del creditore.

Per ciò che riguarda le annotazioni poste appiedi, a tergo, od in margine di un documento qualunque, bisogna distinguere: o queste tendono alla liberazione, o ad una nuova obbligazione. Nel primo caso, fa d'uopo nuovamente distinguere: se il documento è rimasto sempre nelle mani del creditore (473), esso è valido, ancorchè non fosse sottoscritto nè datato da lui (474). Ma se il documento è di quelli che debbono essere fatti in doppio (475), e che l'annotazione trovisi appiedi del duplicato appartenente al debitore, oppure appiedi di una quietanza, esso non è valido che quando il du-
1332 plicato o la quietanza si trovi attualmente pres-
1286 so il debitore medesimo (476).

Se lo scritto o l'annotazione tende ad una nuova obbligazione, il Codice nulla determina intorno a ciò. Si potrebbe decidere conformemente al parere di Pothier n.° 718, che quando siffatte scritture sono di mano dello stesso debitore, e che esprimono una relazione con l'atto sottoscritto, in calce del quale si trovano, fanno fede contro di lui (477).

Si può benissimo assimilare agli atti non sottoscritti o alle scritture non firmate ciò che chiamasi *taglia tessera* tacca di riscontro. Essa è composta di due parti di un medesimo pezzo di legno, l'uno che conserva il nome di *tessera* resta nelle mani del somministratore, e l'altro che dicesi tacca a riscontro, rimane presso il consumatore. Nel tempo delle somministrazioni, si riuniscono questi due pezzi di legno, vi si fa una marca o segno comune; e se all'epoca

del conto le marche sono correlative, esse fanno fede delle somministrazioni fatte tra le persone le quali costumano di avvalersi di questo genere di pruova (478). 1333 1287

§. II.

Dei titoli originali e delle copie.

Dicesi titolo originale quello che è sottoscritto dalle stesse parti, o che fu ricevuto dall' uffiziale pubblico competente (479) in loro presenza e di loro consentimento, e che contiene la loro dichiarazione di non potere o di non sapere sottoscrivere (480). Intendesi generalmente (481) per *copia* (482) di un atto quella che è trascritta dall' originale. Fintantochè quest'ultimo esiste, la copia non fa alcuna fede da se medesima (483), e si può sempre chiedere l'esibizione dell' originale. 1334 1288

Ma quando l' originale più non esiste, bisogna allora ricorrere alle copie; ed il grado di prova che ne risulta si determina in conformità delle seguenti distinzioni :

Primieramente, se la copia esibita è una copia autentica di prima edizione (484), fa la stessa fede che l' originale. Quanto alle seconde copie autentiche, bisogna riflettere prima di tutto, ch' è vietato a qualunque notaro, sotto pena di destituzione, di rilasciare di sua privata autorità una seconda copia alla medesima parte (485). Quegli adunque che vuole ottenere il rilascio di una seconda copia, sia sulla minuta di un atto, sia in forma di ampliazione su di un originale depositato, dee presentare a tale ef- 1335 1289

fetto un' istanza al presidente del tribunale, che emette un' ordinanza in virtù della quale viene intimato al notaro depositario della minuta originale di rilasciare le richiesta copia, nel giorno ed ora indicati, ed alle parti interessate d'essere presenti al predetto rilascio. Si unisce questa ordinanza alla minuta dell' atto (486), e se ne fa menzione appiedi della seconda spedizio-
Pr. ne, come pure della somma per la quale que-
844 sta sarà esecutiva, se il credito è in parte sod-
927 disfatto o ceduto. In caso di contradizione, le
845 parti procederanno in via di semplice sommaria
928 esposizione. Adempiute tutte queste formalità, la seconda copia autentica fa la stessa fede che l' originale, ove questo manchi (487). Lo stesso ha luogo riguardo alle copie tratte senza auto-
1335 rizzazione del magistrato, ma in presenza delle
1289 parti (488), e di loro reciproco consenso.

In secondo luogo, le copie tratte posteriormente al rilascio delle copie autentiche di prima edizione senza autorità del magistrato, e senza il consenso delle parti (489), possono in caso di perdita dell' originale (490), far fede, quando siano antiche, cioè quando abbiano più di trent' anni (491), purchè però siano state trascritte dalla matrice dell' atto dal notaro che lo ha ricevuto, o da uno de' suoi successori, o da un officiale pubblico avente la qualità di depositario delle matrici notariali. Quando abbiano meno di anni trenta, non possono servire che di principio di prova per iscritto. Lo stesso ha luogo, qualunque sia la loro antichità, quando le medesime, fatte bensì sulla minuta originale, sono state però scritte da chiunque altro diverso dai summentovati uffiziali (492).

In terzo luogo, le copie delle copie (493) possono, secondo le circostanze, essere considerate come semplici indizj. 1335 *1289*

In quarto luogo finalmente, la trascrizione di un atto sopra i registri pubblici (494) non può servire che di principio di pruova per iscritto (495); ed anche perciò richiedesi il concorso simultaneo delle tre seguenti circostanze:

1. Che trattisi di un atto notariale;

2. Che esista un repertorio in regola del notaro, dal quale risulti che l'atto è stato fatto sotto la medesima data che apparisce dal registro;

3. Che sia provato (496) essersi perdute tutte le matrici o sia le minute originali di quell'anno in cui l'atto apparisce essere stato fatto, o almeno che si pruovi essersi perduta la matrice di quell'atto per un accidente particolare.

In ogni caso, se esistono ancora dei testimonj che sottoscrissero l'atto, debbono essere esaminati in giudizio. 1336 *1290*

§. III.

Dei titoli primordiali e di ricognizione o conferma.

Il titolo o sia documento primordiale è, come lo stesso vocabolo lo fa comprendere, il primo che sia stato fatto tra le parti.

Il titolo di ricognizione è quello che è stato fatto dopo dal debitore, suoi eredi od aventi causa da esso, per riconoscere o confermare l'obbligo contenuto nel titolo primordiale.

Distinguonsi due specie di atti di ricognizione: quello nel quale il tenore dell' atto primordiale è specificatamente riportato (497), e quello che non riporta che la sostanza dell' obbligo (498).

L' atto di ricognizione della prima specie dispensa il creditore dall' esibire il titolo primordiale.

Non è lo stesso di quelli della seconda specie, che non si presumono fatti che per interrompere la prescrizione (499), e confermare il titolo primordiale. Ma siccome essi non possono confermarlo che quando sia esistito, così non ne provano l' esistenza, e non dispensano il creditore dall' esibirlo (500). Nondimeno, se vi fossero più atti conformi e fatti successivamente, corroborati dal possesso, e uno de' quali fosse datato da anni trenta, il creditore potrebbe (501) essere dispensato dall' esibire il documento primordiale.

Ma queste distinzioni non hanno luogo che nel caso in cui il titolo o documento primordiale, realmente più non esista. Che se venisse esibito, tutto ciò che l' atto di ricognizione, qualunque sia, della prima o seconda specie,
1337 contiene di più o che vi si trova di diverso,
1291 è interamente nullo (502).

Sezione ii.

Della prova testimoniale.

La prova testimoniale è quella che risulta dalla dichiarazione dei testimonj (503).

La sciagurata facilità con la quale potrebbe

ognuno procurarsi criminosamente questo genere di prova, ha determinato da lungo tempo i legislatori moderni a non ammetterlo che colla maggior precauzione. In conseguenza, i principj generali su questa materia sono:

1. Che debba estendersi atto (504) avanti notaro, o scrittura privata sopra qualunque cosa (505) la quale ecceda la somma od il valore di centocinquanta franchi. La pruova testimoniale non può dunque, in generale, essere ammessa oltre questa somma. 1341 1295

2. Che se esista un atto, la pruova testimoniale non possa del pari essere ammessa contro o in aggiunta al contenuto di detto atto, nè sopra ciò che si allegasse essere stato detto avanti, contemporaneamente o posteriormente all'atto medesimo, ancorchè si trattasse di una somma o valore minore di centocinquanta franchi (506). *ivi*

Questa misura essendo stata fissata ad oggetto che l'attore non possa trovare nel risultamento della pruova un lucro sufficiente a procurarsi dei testimonj venali, ne deriva che la pruova testimoniale debb'essere rigettata ogni qualvolta la somma chiesta oltrepassi questa misura, qualunque sieno gli elementi che compongono detta somma. In conseguenza, la regola surriferita si applica al caso in cui l'azione, oltre la domanda del capitale, contenga eziandio quella degl'interessi scaduti, i quali riuniti al capitale nell'atto della domanda (507) eccedano la somma di centocinquanta franchi. 1342 1296

Essa è applicabile egualmente al caso in cui una delle parti fa nella medesima istanza e contro la stessa persona più domande eccedenti

la somma fissata, quand' anche essa allegasse che questi crediti provengono da differenti cau-
1345 se (508), e si sono formati in diversi tem-
1299 pi (509); ed affine di prevenire ogni sutterfugio a questo riguardo, si esige che tutti coloro che volessero intentare, a qualsivoglia titolo, contro la stessa persona più domande che non fossero interamente giustificate in iscritto, le propongano tutte in un medesimo atto di cita-
1346 zione, dopo il quale non potranno riceversi al-
1300 tre domande (510). Se però questi debiti non sono stati contratti verso lo stesso attore, ma in lui derivano da diverse persone, per titolo di successione, donazione od altrimenti, eadauno di questi debiti potrebbe essere provato con
1345 quel genere di prova di cui fosse suscettibi-
1299 le (511).

Dall'esigere che fa la legge imperiosamente che facciasi un atto davanti notajo per qualunque cosa la quale ecceda la somma od il valore di centocinquanta lire, risulta:

Primieramente, che non si può ammettere la pruova testimoniale di una obbligazione che da principio avesse ecceduta questa somma, ancorchè la domanda si trovasse essere di una somma minore (512); lo che può verificarsi in due casi: quando è dichiarato che una tale somma è un residuo o parte di un credito mag-
1344 giore il quale non è provato per iscritto; o
1298 quando la parte stessa restringe a 150 franchi
1343 una domanda eccedente che aveva primitiva-
1297 mente proposta.

E secondariamente, che il creditore può essere ammesso alla pruova testimoniale, nel caso che avesse perduto il documento che a lui

serviva di pruova per iscritto, in conseguenza di un caso fortuito, impreveduto, o proveniente da una forza irresistibile. 1348 *1302*

Ciò non ostante i principj da noi stabiliti ammettono alcune eccezioni. Quindi la pruova testimoniale può essere ammessa, *Com.*

1. In materia di commercio; 109 *108*

2. Quando esiste un principio di pruova per iscritto, vale a dire un atto proveniente da quello contro cui si propone la domanda, e che senza provarla totalmente, la rende però verosimile (513); 1347 *1301*

3. Finalmente, quando non fu possibile al creditore di procurarsi una pruova scritta: quest' ultima eccezione si applica ai fatti di dolo o di violenza, alle obbligazioni provenienti dai quasi contratti (514), dai delitti o dai quasi delitti, egualmente che a quelle contratte in caso di accidenti impreveduti, quali sarebbero i depositi necessarj (515) ed altri simili; il tutto secondo la qualità delle persone e le circostanze del fatto (516). 1348 *1302*

Sezione III.

Delle presunzioni.

Le presunzioni sono le conseguenze che la legge o il magistrato deduce da un fatto noto ad un fatto ignoto (517). 1349 *1303*

La legge o il magistrato: quindi due specie di presunzioni: quelle che sono stabilite dalla legge, e quelle che sono abbandonate alla prudenza del giudice. 1350 *1304* 1353 *1307*

§. I.

Delle presunzioni legali.

Si distinguono due sorta di presunzioni legali; le une dette *juris*, e le altre *juris et de jure*. Esse hanno ciò di comune tra loro che dispensano da qualunque altra prova colui che
1352 può allegarle in suo favore; ma esse differisco-
1306 no in ciò, che quelle dette *juris et de jure* escludono qualunque pruova contraria. Tale è quella risultante dalla cosa giudicata (518). Fa d' uopo osservare che l' autorità della cosa giudicata non ha luogo se non relativamente a ciò che ha formato il soggetto della sentenza. Bisogna dunque che la cosa addomandata sia la stessa; che la domanda si appoggi alla medesima causa (519); che l' azione sia tra le me-
1351 desime parti (520) e proposta da esse o contro
1305 di esse nella medesima qualità (521).

Il giuramento decisorio è pur esso una presunzione *juris et de jure*, come noi lo vedremo nella sezione V qui appresso. È lo stesso in generale, di qualunque disposizione della legge, quand' essa annulla certi atti (522), o che
1350 nega l' azione (523), o che fa derivare la pro-
1304 prietà (524) o la liberazione (525) da certe cir-
1352 costanze determinate, il tutto senza riservare la
1306 prova contraria.

La presunzione detta *juris*, dispensa bensì
654 da qualunque altra prova, ma non esclude la
575 prova contraria. Tali sono quelle che risultano
1283 dai segni che il muro non è comune, dalla con-
1237 segna volontaria d' una scrittura autentica, ec.

§. II.

Delle presunzioni che non sono stabilite dalla legge.

Tutte le altre presunzioni che non sono stabilite dalla legge, sono, come lo abbiamo detto, lasciate alla dottrina ed alla prudenza del magistrato, il quale non deve ammettere che presunzioni gravi, precise e concordanti (526). Fa d'uopo inoltre, che la domanda sopra il cui appoggio si fanno valere simili presunzioni, sia tale da essere provata col mezzo dei testimonj. 1353 *1307*

Sezione IV.

Della confessione della parte.

La confessione è giudiziale o stragiudiziale. 1354

La confessione giudiziale è quella fatta in *1308* giudizio (527) dalla parte, o dal suo procuratore speciale (528). Quando è fatta da una persona capace di stare in giudizio (529), essa fa piena fede contro colui che l'ha fatta; e non può essere rivocata, quando non si provi che essa fu la conseguenza di un errore di fatto (530); ma bisogna altresì prenderla nella sua integrità, 1356 senza potere dividerla (531). *1310*

La confessione stragiudiziale è quella che è fatta fuori di giudizio: essa fa prova egualmente, quando è fatta da una persona capace di disporre della cosa di cui trattasi. Ma spetta a colui che vuol trarne vantaggio, il provare ch'essa fu fatta; e bisogna stare bene attenti,

poichè se il fatto che n' è l'oggetto, non è tale da poter essere provato col mezzo dei testimonj, la confessione non potrà nemmeno esser provata col medesimo mezzo. Se dunque in questo caso la confessione stragiudiziale viene allegata come semplicemente verbale, l' allegarla è assolutamente inutile. (1355 / *1309*)

Sezione v.

Del giuramento.

Il giuramento è un atto civile e religioso (532) col quale si prende la divinità in testimonio della verità del fatto che s' allega. Si distinguono due specie di giuramento, tutte e due giudiziali: quello deferito dalla parte e che dicesi *decisorio*, e quello deferito d' officio dal giudice che si denomina *suppletorio*. (1357 / *1311*)

§. I.

Del giuramento decisorio.

Il giuramento decisorio è, come abbiamo pocanzi veduto, quello che una parte deferisce o riferisce all' altra, per farne dipendere la decisione della causa. (1357 / *1311*)

Dicesi che il giuramento *è riferito*, quando colui al quale è deferito, in vece di prestarlo egli stesso, propone di riportarsi al giuramento di colui che glie lo deferisce.

Il giuramento può essere deferito o riferito, 1. sopra qualunque specie di controversia (533), purchè si tratti di un fatto proprio (1358 / *1312*)

di quello a cui viene deferito o riferito (534);
e 2. in qualunque stato di causa, e quand' anche non esistesse alcun principio di prova della domanda o dell' eccezione sopra la quale è deferito. 1362 *1316* 1360 *1314*

L' effetto della offerta del giuramento è che colui al quale esso è stato deferito dee prestarlo o riferirlo; altrimenti egli perde la causa. Lo stesso è di colui al quale è stato riferito, e che lo ricusa. (535). 1561 *1305*

In virtù dell' accettazione del giuramento deferito o riferito, le parti contraggono fra loro l' obbligazione di starsene a ciò che una di esse avrà affermato. Indi ne emerge: primieramente, che le sole persone capaci di disporre della cosa in quistione, possono deferire il giuramento, e ad esse sole si può riferirlo (536);

In secondo luogo, che quegli che lo ha deferito o riferito, non può più ritrattarsi, quando l' altra parte ha dichiarato, che era pronta a prestarlo. 1364 *1318*

In terzo luogo finalmente, che quando è stato prestato, qualunque ragione che tendesse a provarne la falsità, debb' essere rigettata (537). 1363
In conseguenza, esso fa prova completa (538) *1317*
fra le parti, loro eredi o aventi causa (539), ma non riguardo ai terzi, salvo ciò che si è detto qui sopra al Capo III, sezione *delle Obbligazioni Solidali*; e che diremo qui appresso al titolo della *Fidejussione*. 1365 *1319*

§. II.

Del giuramento deferito dal giudice.

Il giuramento deferito dal giudice può avere due oggetti: la decisione della causa in merito, o solamente l'ammontare delle condanne.

1366
1320

Questo giuramento, anche nel primo caso, differisce dal giuramento decisorio, 1. perciocchè il giudice non può deferirlo che sotto due condizioni: la prima, che la domanda o eccezione sulla quale egli lo deferisce, non sia pienamente provata; e la seconda, che la medesima non sia totalmente mancante di prova (540). Mancando una di queste due condizioni, il giudice dee semplicemente ammettere o rigettar la domanda.

1367
1321

E 2. Che il giuramento deferito dal giudice non può essere riferito (541).

1368
1322

Quanto al giuramento sull'ammontar delle condanne, esso ha luogo qualora, dopochè l'attore in punto di restituzione di una cosa ha provato che aveva fondate ragioni di esigerla, si rende però impossibile di restituirla in ispecie, e resta incerto il valore della medesima. In questo caso, il giudice è bensì costretto a riportarsi alla dichiarazione dell'attore, ma però egli deve, onde evitare possibilmente l'abuso, determinare la somma sino alla concorrente quantità della quale si potrà prestar fede all'attore in conseguenza del suo giuramento.

1369
1323

OSSERVAZIONI.

Tutto questo titolo III che nelle nostre leggi civili comprende dugento sessanta nove articoli, i quali si contano dal 1055 al 1325, non contiene che un solo articolo soppresso, un solo nuovo aggiuntovi, e sei soli riformati tra quelli dell' abolito codice civile. Ed è ciò che noi colla solita brevità indicheremo nelle seguenti tre sezioni.

Sezione I.

Dell' articolo soppresso.

L' articolo tolto è quello scritto nel codice francese al n. 1154 dove si dispone che « gl' interessi » scaduti dei capitali possano produrre interessi o in » forza di una domanda fatta giudizialmente, o in » vigore di una convenzione speciale, purchè o nella » domanda o nella convenzione si tratta d' interessi » dovuti almeno per un anno intero. »

La facoltà di esigere usure dalle usure scadute era detto *anatocismo* (1) che si definisce rinnovamento d' usure, ed ha luogo quando l' usura entra in capitale e produce usura. Esso era permesso in molti casi presso l' antico dritto romano. (2) Ma Giustiniano lo proibì generalmente colla l. ult. cod. *de usuris. Nullo modo licere cuiquam usuras praeteriti temporis, vel futuri in sortem redigere, et earum iterum usuras stipulari. Sed et si hoc fuerit subsecutum: usuras quidem semper usuras manere et nullum usurarum aliarum incrementum sentire: sorti autem an-*

(1) Voce desunta da due parole greche che alla lettera significano un doppio prodotto *iteratus fœtus*.

(2) V. Noodt *Tractat. de usuris* lib. 2. cap. XI, ed Einnecio *antiq.* lib. 3, tit. 15, n. 30 alla nota.

tiquae tantummodo incrementum usurarum accedere. Venne ciò stabilito in conseguenza delle leggi della chiesa che severamente proibirono, ed in ogni caso, questo anatocismo. Noi siamo ritornati così agli antichi stabilimenti.

L'anatocismo era pure severamente vietato nell' antica legislazione francese, anche negli affari di commercio (1); e la commissione incaricata del progetto del codice propose di conservare l'antica proibizione. Ma nel consiglio di stato si osservò che avendo la nuova legislazione permesso stipularsi gl' interessi pel semplice prestito del danaro, non vi era alcuna ragione sufficiente per proibirsi l'anatocismo, poichè gl' interessi scaduti formano un capitale pel creditore, il quale, se li avesse ricevuti, avrebbe potuto impiegarli in una maniera produttiva. Non vedesi dunque, si diceva, perchè l'anatocismo convenzionale sia più illecito in se che l'interesse stipulato d'una somma improntata. Se il creditore può prestare coll' interesse una somma che gli ha prodotta il primo capitale, perchè non potrebbe improntarla al suo stesso debitore il quale sarebbe così liberato dall'imbarazzo di trovare un altro mutuante? In questo secondo prestito, concludevasi, del pari che nel primo, il solo abuso è biasimevole. (2) Questi furono i motivi che fecero permettere la riunione degl' interessi scaduti al capitale per produrre nuovi interessi per effetto o d'una convenzione o d'una domanda giudiziale.

Ma quest'abuso è ben facile; ed è stato più prudente proibirsene l'occasione. Tolto così quest' articolo, rimangono ferme tra noi le antiche proibizioni dell' anatocismo.

Ma le rendite scadute, come i fitti, le pigioni, e le rendite perpetue o vitalizie arretrate producono

---

(1) Ordinanza del 1673 tit. 6 art. 2.
(2) Wolf. Inst. Iur. nat. §. 651.

interessi dal giorno della domanda, o della convenzione se pel preveduto ritardo siensi stipulati; come pure per le restituzioni de' frutti o interessi pagati da un terzo al creditore a discarico del debitore, giusta l'art. 1155, che noi abbiam adottato negli stessi termini nel nostro corrispondente articolo 1108.

Gl' interessi moratorii su questi frutti non possono esser considerati come anatocismo per argomento tratto dalle leggi 9, §. 4 e 5 ff. *de adminisl. et peric. tut.*, 10, §. 13, e 12 §. 9, ff. *mandati*, e l. 37, ff. *de usuris* (1).

Sezione II.

Dell' articolo aggiunto.

Un importante articolo si è nelle nostre leggi civili aggiunto al §. 5 della sez. 1. cap. 5, riguardante la cessione de' beni. Esso è appunto l'art. 1222 concepito in questi termini.

» Non potranno essere ammessi al beneficio del-
» la cessione gli stranieri, gli stellionarj, i falliti
» fraudolentemente, le persone condannate per causa
» di furto o di scroccheria, nè le persone conta-
» bili, i tutori, gli amministratori e i depositarj.

(1) Il signor Taglioni nel codice civile col confronto delle leggi romane nell' osservazione all' art. 1155 sostiene che qui pure vi era anatocismo. Secondo l'antico stile del nostro foro l'interesse delle annue rendite arretrate era dovuto specialmente se era considerevole (V. de Marinis *resol. jur.* lib. 1, cap. 199, n. 2, e 3, e Carl. Ant. de Luca, e RoderERio sulla detta risoluzione). Aggiungiamo che dalla cassazione di Parigi con arresto del 30 aprile 1806 (Sirey vol. 6, part. 1, pag. 234) si risolvè non doversi considerare simile interesse come anatocismo, perchè tai frutti una volta dovuti si considerano come un primo capitale, su cui il debitore non ha ancor sodisfatto alcun interesse.

Esso era imperiosamente richiesto dall' art. 1224 che vieta al creditor di ricusare questo miserabile beneficio fuorchè ne' *casi eccettuati dalla legge*. Ora conveniva indicar questi casi, onde non lasciare al giudice l' arbitrio di accordarla o ricusarla per interpetrazione di antiche disposizioni nelle quali non erano neppure di accordo gl' interpetri del roman dritto.

Questo vuotò interessante venne in Francia supplito coll' art. 905 del codice di procedura, dove si dice che il beneficio della cessione de' beni non si accorda agli stranieri, a chi ha commesso stellionato, a' falliti dolosi, a' condannati per furto o truffa, a tutori, amministratori, e depositarj, ed a qualunque persona in vigore d' ufficio obbligata a render conto.

Queste disposizioni furono rinnovate nell' articolo 575 del cod. di commercio. Non potranno essere ammessi (ivi dicesi) al beneficio della cessione 1. i rei di stellionato, i rei di bancarotta dolosi, e gl' individui condannati per titolo di furto o di scroccheria, nè le persone contabili. 2. I forestieri, i tutori, amministratori o depositarj.

Noi abbiamo adottato egualmente la disposizione del codice di procedura nel corrispondente art. 982 delle LL. di procedura; ma qualche cosa abbiamo aggiunto a quelle di eccezione per gli affari di commercio nel corrispondente art. 569. (1) Però queste spieghe andavano anche meglio inscritte nel codice civile, come si è tra noi fatto.

---

(1) Ecco le parole di questo articolo. » Potranno essere ammessi al beneficio di cessione solo i debitori di » buona fede, falliti per causa di qualche sventura da » provarsi da colui che domanda il beneficio della cessione.

» Sono però eccettuati da tal beneficio i contabili » delle pubbliche amministrazioni, i tutori, i procuratori ed amministratori, i depositarj ed i forestieri.

Riflettete che questo beneficio può sempre ricusarsi quando il debitore non giustifichi le due circostanze richieste dal precedente articolo 1221, vale a dire la sua sventura e la sua buona fede. (Decisione della corte d'Aix del 30 dicembre 1817, Sirey, 1818, pag. 357).

Quid, se il debitore sia convinto di avère distornato o occultato de' beni in frode de' creditori? Sebbene ciò non sia espresso fra i casi eccettuati dalla legge pure si deduce. la negativa per l'ammissione a questo beneficio dall'art. 1218 che vuole l' abbandono di *tutt'* i beni, e dal citato articolo 1222 che richiede la *buona fede*: quindi il debitore convinto di un simile distorno od occultazione, non è nel caso di godere di tal beneficio. (Vedi Toullier l. c. n. 262, ed il nuovo Repertorio alla voce *cession* n. 8.)

Osservate ancora che sebbene siano dalle nostre leggi esclusi gli stranieri da questo beneficio, non debbonsi considerar tali coloro ammessi dal governo a stabilire il di loro domicilio nel regno. Essi godono de' dritti civili giusta l'articolo 9 delle nostre leggi, tra quali dritti è quello ancora di questo beneficio. Debbe esser lo stesso pel negoziante straniero che vi ha domicilio, ed uno stabilimento di commercio: (Così giudicato in Treveri il 24 febbrajo 1808, Sirey, 1808 pag. 110).

Ma dal non essere gli stranieri ammessi al beneficio della cessione non perciò ne segue, che reciprocamente i nazionali non possano reclamare tal beneficio contro i di loro creditori stranieri. (Così deciso nella cassazione di Francia coll'arresto del 19 febbrajo 1806, Sirey, 1806 2. par. pag. 773).

Si osservi pure che la cessione giudiziaria non discarica i fidejussori, contra i quali possono i creditori rivolgersi per riscuotere quello che dal debitore non han potuto esigere (1).

---

(1) V. il comento a questo articolo delle nostre leggi civili.

L'articolo che analizziamo parla de' falliti *fraudolentemente*; ma il negoziante fallito può esservi ammesso senza che abbia trascorsi tutti i gradi della procedura pe' fallimenti nel tribunale di commercio? Noi crediamo che sì, niuna disposizione di legge ve l'obbliga, anche perchè nel giudizio prender si debbono dal tribunale tutte le opportune precauzioni. Così venne anche deciso dalla corte di Bruxelles il 7 febbrajo 1810, e da quella di Rouen il 13 dicembre 1816 (Sirey, 1810 pag. 106, ed ann. 1817 pag. 72).

Parla finalmente il citato articolo de' depositarj, che s' intendono, per quelli *giudiziali*. Ora il sequestre stabilito di suo consenso alla custodia de' suoi mobili ed effetti sarà considerato come depositario giudiziale, e quindi escluso dal beneficio della cessione s' egli non ripresenta gli oggetti confidati alla sua custodia? Noi crediamo che no. Veggasi Carré *question*. n. 4242.

Sezione III.

Degli articoli riformati.

§. 1.

Il primo degli articoli riformati in questo titolo è il 1146 del codice civile col corrispondente nostro articolo 1100. Quello francese prescrive che i danni e gl' interessi non sono dovuti se non quando il debitore è in mora ad eseguire la sua obbligazione, eccetto nulla di meno il caso in cui la cosa che il debitore si fosse obbligato di dare o di fare non possa esser data o fatta in un determinato tempo ch' egli ha lasciato trascorrere. (1) Il nostro articolo poi è concepito in questi termini.

---

(1) La traduzione italiana invece di portare *eccetto il caso* ec. dice *o quando la cosa* ec.

» I danni e gl' interessi sono dovuti *solamente*
» quando il debitore sia in mora di eseguire la sua
» obbligazione. È in mora il debitore anche *senza*
» *interpellazione*, se la cosa che si è obbligato di
» dare o di fare, non possa essere data o fatta se
» non in un determinato tempo ch' egli ha lasciato
» trascorrere. »

Per conoscere la riforma fatta tra noi bisogna riflettere che nella giurisprudenza francese lo scorrere del termine fissato nella convenzione non basta per costituire il debitore in mora, quando all' epoca convenuta il creditore rimane nell' inazione; qualora egli non provoca il pagamento o l'esecuzione dell' obbligo, si presume (come avea luogo nel roman dritto per le obbligazioni pure e semplici), ch' egli non soffre alcun pregiudizio dal ritardo. Non può dunque pretendere danni ed interessi. Per costituire il debitore in mora bisogna secondo l' art. 1139 † 1093 una intimazione o altro atto equivalente.

Ora col nostro articolo ciò è cambiato: il debitore è in mora anche senza interpellazione, s'egli ha lasciato trascorrere il tempo determinato per darsi o farsi una cosa. Così siam ritornati ad adottare la massima semplice e ragionevole del roman dritto, che lo trascorrer del termine basta per costituire il debitore in mora (1).

Non vi bisogna neppure che ciò sia espresso nella convenzione, come in Francia. Il solo trascorrimento del tempo produce la mora, e quindi il dritto a pretendere il rinfranco de' danni ed interessi.

---

(1) Dispiace ai dotti interpetri del nuovo dritto francese che nella riforma fatta della giurisprudenza antica non siasi seguito questo principiò delle leggi romane V. Toullier, l. c. n. 246.

§. 2.

Malamente si annovera tra gli articoli riformati l'art. 1147. Il nostro articolo 1101, che gli corrisponde, non è che una traduzione di quello del codice civile, ma forse più chiara che quella traduzione italiana da noi prima adottata.

§. 3.

Neppure va tra i riformati l'articolo 1148 per essersi tolte nel corrispondente nostro articolo 1102 le parole *od ha fatto ciò che gli era vietato*. Esse vi si sottintendono, ed il codice civile non fece con ciò che una spiega maggiore del caso in cui l'obbligato a non fare una cosa vi fosse stato costretto da una forza irresistibile o da un caso fortuito.

§. 4.

Ma non può dirsi lo stesso dell'articolo 1153 del codice civile che ha ricevuto una riforma nel corrispondente nostro articolo 1107, in ciò che nel francese si prescrive che i danni e gl'interessi risultanti dal ritardo di eseguire le obbligazioni di pagamento d'una somma determinata non consistono giammai se non nella condanna a pagare ***gl'interessi fissati dalla legge***; mentre nel nostro corrispondente articolo si dice che non consistono se non nella condanna a pagare ***gl'interessi correnti al tempo della mora.***

Noi non entriamo a discutere se il danaro si abbia a considerare come ogni altra merce, proposizione ammessa dagli economisti, ed esecrata dai giuristi; nè a vedere se sia o no utile che una legge fissi l'interesse dovuto pel mutuo o per qualunque altra obbligazione di pagamento di somma determinata. Certo è che noi non avevamo altra disposi-

zione legislativa che quella nascente dalla bolla di Nicolò V, sanzionata dalla prammatica l. *de censibus* che proibiva un interesse maggiore del dieci per cento. Ma tal disposizione riguardava solo le annualità comprate, non già i mutui. Ora qual' era la regola da serbarsi nello stabilir l' interesse sempre vario secondo i tempi, i luoghi, le circostanze? Il danaro per sua natura essendo il prezzo comune di tutte le cose non ha come queste un uso particolare, ma tien luogo di tutto ciò di cui si ha bisogno. I danni che provano quei che non son pagati nel tempo debito sono dunque così diversificati come l' uso ch' essi potrebbero fare del loro denaro; così impreveduti come i bisogni donde questi danni possono nascere. In mancanza di positiva disposizione, o nell' insufficienza della stessa, non vi era altra regola da serbarsi che quella di aver ragione dell' interesse che comunemente corre, in cui consiste il lucro cessante ed il danno emergente.

È vero che neppure in Francia, quando fu pubblicato il codice, eravi legge che stabilisse l' interesse del danaro; ma vi fu supplito con quella de' 3 settembre 1807. (1) Noi adottammo il codice civile senza pensare alla legge sull' interesse. Nella riforma si è creduto stabilire la condanna agl' in-

(1) Questa stabilì che l' interesse convenzionale non potesse eccedere il cinque per cento senza ritenzione in materia civile, e 'l sei per cento in materia di commercio. Intanto è certo che la mancanza di pagamento d' una somma dovuta in un termine stabilito può produrre e produce bene spesso al creditore delle perdite molto maggiori dell' interesse legale del denaro. Per la mancanza della somma sulla quale il creditore contava ha potuto esser costretto a prender egli stesso in prestito da un avido usurajo; ha potuto essere arrestato, veder attaccata la sua riputazione; essere espropriato, fallire, veder crollar la sua casa per mancanza di mezzi come ripararla, perdere vantaggiose speculazioni, ec. Eppure tutto ciò dovea esser calcolato dal legislatore.

teressi nel modo che corrono al tempo della mora.

Quel che fa maraviglia si è che questa mancanza di disposizione legislativa avvertita in questo articolo, venne obbliata nell' articolo 1907 del codice civile che venne adottato cogli stessi termini nel corrispondente articolo 1779; dove parlandosi di mutuo ad interesse, si dice che l' interesse legale è fissato dalla *legge*, ed il convenzionale può eccederlo se *essa* nol proibisce.

§. 5.

Un' importante aggiunzione è stata fatta all' articolo 1325 del codice civile nel nostro articolo 1279 che gli corrisponde. Trattano essi delle scritture private sinallagmatiche che richiedono tanti originali quante sono le parti, e la menzione del numero di quelli che si son fatti. Ora se mancasse alcun originale, o si fosse trascurato di scriversi il numero di essi, se in duplo, triplo ec., tale scrittura sinallagmatica avrà o no qualche valore? Questa è la quistione trattata estesamente del signor Toullier nel suo *dritto civile* cap. VI, sez. 1 §. 2 num. 317 e seguenti. Il testo francese dice che le scritture private le quali contengono convenzioni sinallagmatiche *non sono valide quando* ec. Non dice dunque che saranno *nulle*, essendovi gran differenza tra l' una e l' altra espressione. *Nullo* significa propriamente quel che non esiste, quel che non è nella natura delle cose. *Non valido* o invalido non è lo stesso che nullo, come se non esistesse; ma è quello che, giusta il senso proprio e fisico, manca di forza, o che non ha una forza sufficiente; e, nel senso figurato, quello che per se stesso non ha la forza necessaria per determinare il giudice, ma che nulladimeno merita di esser preso in considerazione, quando altre circostanze valutabili dalla sagacità del magistrato vi aggiungono ciò che gli manca di forza per completare la pruova. La scrittura sinallagmati-

ca dunque non fa piena ed intera fede quando manchi uno degli originali, o la menzione di essi. Ma è forse lo stesso che sia assolutamente *nulla*, il considerarlo come non esistente, *pro infecto habeatur*? (1) Questo è quel che risolve il nostro articolo prescrivendo così.

» Se la scrittura sinallagmatica abbia le sotto-
» scrizioni delle parti, ma manchi alcuno degli ori-
» ginali o la menzione del numero di quelli che si
» sono fatti, potrà valere semplicemente come prin-
» cipio di pruova per iscritto. »

Questo era pure l'avviso del nostro Delvincourt poggiato sull'articolo 1347 ✝ 1301, come osserveremo nella nota su questo articolo. (2)

Da questa aggiunta molte conseguenze ne derivano.

1. Formando un principio di pruova per iscritto è ammessa la pruova testimoniale, poichè la scrittura sinallagmatica non fatta in duplo riunisce eminentemente tutte le qualità richieste dal citato articolo 1301 per definire il principio di pruova per iscritto.

2. Che ciò autorizza i giudici ad ammettere le presunzioni per completare la pruova cominciata da questa scrittura non fatta in doppio originale. L'art.

(1) Il nostro articolo 1279 in vece di dire *non sono valide quando* ec. dice *debbon esser fatte in tanti originali quante sono le parti* ec. Ma l'argomento è lo stesso. Quando non si è prescritta pena di nullità, questa non vi si può aggiungere, poichè non prescrive che non possano esser fatte che in tanti orignali, ma ordina come debbon esser fatte per valere per se sole, e fare piena ed intera fede, al pari dell'atto autentico giusta l'art. 1322 ✝ 1276.

(2) Se si volesse negar ciò, dice Toullier, bisognerebbe cancellar dal codice l'art. 1347, o dire che le regole più sicure della logica non sono applicabili alla giurisprudenza: bisognerebbe in una parola rinunziare a decidere le quistioni di dritto col mezzo del raziocinio.

1353 ✝ 1307 dice in fatti che le presunzioni non stabilite dalla legge sono rimesse alla dottrina ed alla prudenza del magistrato ne' casi ne' quali la legge ammette la pruova testimoniale: quindi quegli che reclama l' esecuzione d' un atto non fatto in doppio, oltre ai testimoni, può completar la sua pruova per mezzo di presunzioni che risultano dalle circostanze, ed i giudici possono determinarsi in forza di esse (1).

3. La pruova incompleta che risulta dalla scrittura sinallagmatica non fatta in doppio originale o senza menzione ec., autorizza pure i giudici a deferire il giuramento suppletorio a quegli che la produce in sostegno della sua domanda o della sua eccezione. Ciò risulta dall' art. 1367 ✝ 1321. Questa scrittura non è pienamente giustificata perchè la legge vuole che sia fatta in doppio originale e colla menzione del numero per fare pruova completa d' una convenzione sinallagmatica. Essa non è totalmente mancante di pruova, perchè forma un principio di pruova per iscritto che può esser completata sia colla pruova testimoniale sia colle presunzioni (2).

---

(1) Così la corte di cassazione di Francia coll' arresto del 14 frimale anno XIV pensò, come quella di Liegi, che se una scrittura fatta in doppio originale non bastasse per fare sola e per se stessa la pruova completa d'una convensazione sinallagmatica, la riunione di più scritture che considerate separatamente non avrebbero fatto pruova, avea non ostante l' effetto di completare quella che la prima scrittura sola ed isolata non avrebbe potuto. (*Repert. de jurispr.*, V. double ecrit. num. II, pag. 327 3. ediz.)

(2) Nella causa tra i conjugi Descornaix e Saint-Aubin la cassazione di Parigi coll' arresto del 29 pratile an. XIII confermò la decisione della corte di Treveri che su d' un principio di pruova per iscritto ordinò il giuramento suppletorio » atteso che (disse quella corte suprema) dalla lettera scritta dal reclamante risultava un principio di pruova per iscritto che autorizzava l' ammissione della pruova testimoniale; che l' esistenza d' un debito importante e sacro trovandosi verificata così per iscrittura

§. 6.

Su questi stessi principii è poggiata l'altra aggiunzione fatta all'articolo 1326 del codice civile nel corrispondente nostro articolo 1280. Trattasi ivi del biglietto o promessa per mezzo di scrittura privata, per la validità della quale è necessario che per lo meno oltre la sua firma abbia il debitore scritto di propria mano un *buono*, ovvero un *approvato* indicante in esteso la somma o la quantità della cosa. Ora se vi mancasse quest' *approvato* con la ordinata indicazion della somma, qual valore avrebbe questo biglietto sottoscritto dal debitore?

Toullier tratta pure profondamente questa quistione, e non sarà nullo questo biglietto, egli dice, perchè la legge non pronuncia la nullità contro l'omissione dell' approvazione della somma in lettere per esteso che non è che una formalità estrinseca, e le nullità non possono essere supplite. Esamina in seguito l'arresto della cassazione del 3 novembre 1812 rapportato da Sirey, an. 1813, prima parte, pag. 35. Sostiene che questo biglietto non può far solo e da se pruova del fatto o della promessa che contiene, ma forma un principio di pruova per iscritto, che rende *verisimile* il fatto dedotto, e che, avvalorato da gravi presunzioni, o altri documenti, può operare una pruova completa: ed analizzando la decisione della corte di Parigi del 5 dicembre 1816 diametralmente opposta a questi principj (Sirey, an. 1817, parte 2, pag. 399), conclude che il sostenere che un tal viglietto sia insufficiente a formare un principio di pruova per iscritto, e non renda *verisimile* la promessa che contiene, è lo stesso che il sostenere do-

che per l'istruzione, i giudici han potuto senza violar alcuna legge ordinare un giuramento suppletorio, e deferirlo alla parte che giudicaron essi la più degna secondo la loro coscienza. »

versi in giurisprudenza rinunziare al buon senso ed alla ragione.

Grazie alla saviezza del nostro legislatore noi siamo liberati da una consimile quistione. Nel citato articolo 1280 si è aggiunto espressamente che *altrimenti*, *essendoci la sola sottoscrizione varrà* questo viglietto o promessa per mezzo di scrittura privata *come principio di pruova per iscritto.*

Sono qui riferibili le stesse tre conseguenze che da tal disposizione derivano e che abbiamo indicato nel precedente numero. (Vedi Toullier, l. cit. n. 284 e seguenti.).

Nota. Negli articoli 1341 a 1345 del codice civile, le nostre leggi, nei corrispondenti articoli 1296 a 1299 han cambiata la somma di centocinquanta franchi in quella *di cinquanta ducati.*

TITOLO VI.

DELLA PRESCRIZIONE.

CAPITOLO I.

DISPOSIZIONI GENERALI.

Il sesto ed ultimo modo di acquistare, è la prescrizione; e come questa è nel medesimo tempo un mezzo di estinguere le obbligazioni, così il titolo che vi è relativo viene naturalmente in seguito al titolo *delle obbligazioni*.

La prescrizione è un mezzo di acquistare o di liberarsi mediante il trascorrimento di un determinato tempo, e sotto le condizioni stabilite dalla legge. 2219 2125

Un mezzo di acquistare o di liberarsi: avvi però una differenza essenziale tra la prescrizione, e gli altri modi di acquistare o di liberarsi, de' quali si è trattato finora. Cotesta differenza consiste in ciò, che in forza della prescrizione la proprietà non è acquistata nè l' obbligazione estinta di pieno diritto.

Da ciò risulta:

1. Essere necessario che la prescrizione sia opposta od invocata (1) da coloro ai quali importa il farla valere, ed in conseguenza che i giudici non possono di officio supplirvi (2). 2223 2129

2. Che vi si può rinunziare; ma affinchè siffatta rinunzia sia valida, è d' uopo ch' essa abbia luogo dopo che la prescrizione è acquistata; imperocchè questo mezzo essendo fondato sopra motivi di utilità generale, l' ordine pubblico esige che non vi si possa rinunziare anti-

2220 cipatamente. Una simile rinunzia diverrebbe
2126 usuale in tutti i contratti, e quindi annullerebbe i benefici effetti della prescrizione.

La rinunzia alla prescrizione può essere tacita, vale a dire, può risultare da un fatto che suppone chiaramente l' abbandono del diritto
2221 acquistato; come se posteriormente alla prescri-
2127 zione acquistata, il debitore ha chiesto termine o dilazione al pagamento, o se il possessore del fondo l' ha preso in affitto. Lo stesso ha luogo, se dopo la stessa epoca il debito è stato riconosciuto dal debitore (3), oppure se è stata contro di lui emanata una condanna passata in giudicato (4).

Diciamo *passata in giudicato*, avvegnachè fino ad un tal momento la prescrizione può essere opposta; anzi essa può esserlo in qualunque stato di causa, ed anche in appello (5), eccetto che, come abbiam detto, attese le circo-
2224 stanze, si debba presumere che la parte che
2130 non l' ha opposta, vi abbia già rinunziato (6).

La rinunzia alla prescrizione potendosi riguardare, almeno per ciò che concerne il rinunziante (7), come una alienazione gratuita di un diritto acquisito, essa non può aver luo-
2222 go che per parte di colui che può alienare.
2128 Per la stessa ragione, essa non pregiudica punto ai creditori del rinunziante (8), i quali possono sempre invocarla od opporla, non ostante la rinunzia del loro debitore. Dicasi lo stesso di
2225 qualunque altra persona che vi abbia interes-
2131 se (9).

Mediante il trascorrimento di un determinato tempo: la durata di questo tempo varia secondo la natura dell' azione e quella dell'

oggetto da prescrivere, come lo vedremo successivamente. In ogni caso questo tempo si calcola a giorni, e non ad ore, e la prescrizione non è acquistata che quando sia spirato l'ultimo giorno del termine (10). Nelle prescrizioni le quali si compiono in un dato numero di giorni (11), il giorno intercalare di febbrajo che ricorre periodicamente negli anni bisestili, è contato. In quelle poi che si compiono a mesi, si ritengono eguali tutti i mesi, quantunque composti di numero disuguale di giorni, come accade per esempio, in febbrajo, sia che abbia ventotto giorni, sia che ne abbia ventinove (12).

2260
2166
2261
2167

Bisogna osservare in generale: 1. che le prescrizioni cominciate all'epoca della promulgazione della presente legge (13) hanno dovuto e debbono essere regolate secondo le leggi anteriori (14). Nondimeno, quelle incominciate allora, e per le quali, giusta le predette leggi, si richiederebbero ancora più di trent' anni (15), si compieranno con il decorso di trent' anni, da computarsi dall'epoca della promulgazione della legge attuale.

2281
2187

E 2. che le regole relative alla fissazione del tempo necessario a prescrivere, sono applicabili egualmente al demanio, agli stabilimenti pubblici ed ai comuni, che soggiaciono come i particolari alle medesime prescrizioni, e che possono egualmente invocarle od opporle. Ma questo principio non si applica che alle cose che sono in commercio, o che sono suscettibili di divenire proprietà privata (16). Le altre non potendo essere alienate, non possono egualmente essere prescritte.

2227
2133
2226
2132

E sotto le condizioni stabilite ec. Siccome queste condizioni variano secondo che trattasi della prescrizione considerata qual mezzo di acquistare, o qual mezzo di liberarsi, così noi le esporremo separatamente, e tratteremo in primo luogo delle regole particolari alla prescrizione come mezzo di liberarsi, che ha un rapporto più diretto col titolo ora da noi terminato.

CAPITOLO II.

DELLA PRESCRIZIONE COME MEZZO DI LIBERARSI.

Il decorso di tempo è la sola condizione necessaria per questa prescrizione; ed il principio generale a questo riguardo è, che tutte le azioni che non sono dichiarate imprescrittibili dalla legge, si prescrivono col decorso di trent' anni. Nondimeno, siccome vi sono dei crediti, i quali per delle ragioni particolari si prescrivono con un tempo molto più breve, noi divideremo perciò questo capo in due sezioni, la prima delle quali tratterà della prescrizione trentenaria, e la seconda, di quelle che si compiono entro un minore spazio di tempo.

Sezione I.

Della prescrizione trentenaria.

Dopo un intervallo di trent' anni decorsi senza alcun atto giudiziale, si può ragionevolmente presumere che un debito sia soddisfatto o rimesso. Ecco uno dei principali motivi della prescrizione trentenaria. Ma non è su questa so-

la presunzione che essa è fondata ; e ciò che lo prova si è, che il creditore non può, quando essa è compita, deferire il giuramento al debitore sul fatto del pagamento, o della remissione del debito. Codesta prescrizione è inoltre principalmente riguardata come una pena inflitta alla negligenza del creditore che ha lasciato trascorrere tanto tempo senza chiedere il suo pagamento. Indi ne segue che essa è sospesa ogni qualvolta l'esecuzione dell'obbligo non ha potuto essere giudizialmente provocata. In fatti, non si può allora rimproverare di negligenza il creditore.

L'impossibilità d'intentare la domanda giudiziale può provenire, o dalla qualità del creditore, o dal non esservi ancora luogo all'azione. A cagione *della qualità del creditore*, la prescrizione è sospesa;

1. In favore dei minori ed interdetti (17) anche provveduti di tutori; 2252 *2158*

2. Tra conjugi, riguardo alle azioni che essi potrebbero esercitare l'uno contro dell'altro; 2253 *2159*

3. In favore della moglie, durante il matrimonio, riguardo alle azioni, crediti e ragioni che essa potrebbe esercitare contro dei terzi, in tutti i casi nei quali le predette azioni competenti alla moglie si potessero rivolgere contro il marito (18); per esempio, se quest' ultimo avesse alienato i beni proprj della moglie senza il di lei consenso. Noi vedremo, al titolo *del contratto di matrimonio*, se, e in quali casi possa prescriversi l' immobile dotale. In tutti gli altri casi, la prescrizione corre in favore de'terzi, contro la donna maritata eziandio sotto il egime della comunione, ed a riguardo dei be- 2256 *2162*

2254 ni de' quali suo marito ha l'amministrazione (19).

2160 4. La prescrizione è del pari sospesa in favore dell' erede beneficiato riguardo a quei crediti che egli ha contro l' eredità (20). Ma essa decorre contro un' eredità giacente, quantunque
2258 non le sia deputato un curatore: tocca alle par-
2164 ti interessate a farne nominar uno. Per la stessa ragione corre la prescrizione durante la dilazione per fare l' inventario, e per deliberare: l' erede presuntivo può, senza assumere qualità,
2259 fare tutti quegli atti che diconsi conservativi ne-
2165 cessarj.

Noi abbiamo aggiunto che l' impossibilità d' intentare la indicata domanda giudiziale, può provenire *dal non esservi ancora luogo all' azione*, ch' è quanto a dire dal non essersi ancora aperta l' azione medesima. È per questa ragione, che la prescrizione non corre riguardo ad un credito a tempo determinato o sotto condizione, sino a che sia scaduto un tal termine (21), o siasi verificata la tal condizione (22); come pure riguardo ad un' azione per la garentia del
2257 contratto, sino a che abbia avuto luogo l' evi-
2169 zione (23).

Eccettuate questo diverse cause di sospen-
2251 sione, la prescrizione corre in tutti i casi, e
2157 contro qualunque persona (24).

La prescrizione essendo una pena imposta al creditor negligente, essa dee cessare dal momento ch' è stato fatto, avanti la scadenza del tempo prefisso, un atto qualunque, tendente a far soddisfare o rinnovare l' obbligazione. Dicesi allora che la prescrizione è interrotta.

Avvi questo essenziale divario tra la sospensione della prescrizione e la sua interruzione, che nel primo caso il tempo anteriore alla

sospensione, e durante il quale la prescrizione ha potuto decorrere, si unisce a quello trascorso dopo che la sospensione è stata levata; dovechè, se vi fu valida interruzione, tutto il tempo anteriore è nullo per la prescrizione.

L'interruzione della prescrizione è naturale o civile. 2242 *2148*

La prescrizione è interrotta naturalmente quando il debitore riconosce (25) il diritto di colui contro il quale egli prescriveva. 2248 *2154*

È interrotta civilmente in forza dell' interpellazione giudiziale. Questa interpellazione ha luogo mediante una citazione giudiziale, fatta anche avanti un giudice incompetente (26), mediante un precetto (27) o mediante un sequestro; il tutto intimato a colui al quale si vuole impedire il corso della prescrizione (28). La citazione per la conciliazione si considera egualmente come un interpellazione ed interrompe la prescrizione dal giorno della sua data (29), purchè sia susseguita da una intimazione a comparire in giudizio, emanata nel termine di un mese, decorribile dal giorno della non comparsa, o della non seguita conciliazione. 2246 *2152* 2244 *2150* 2245 *2151* Pr. 57 *T.*

Se l'ordine a comparire è nullo per difetto di forma (30);

Se l' attore desiste dalla sua domanda (31);

Se egli lascia perimere l' istanza (32);

O, finalmente, se la domanda è definitivamente rigettata (33).

L' interruzione in tutti questi casi si riguarda come non avvenuta.

Per l' effetto della interpellazione, nel caso di obbligazione solidale, indivisibile, o acces-

soria, vedi il titolo *dei contratti in generale*, e quello *della fidejussione*.

Quando il debito è di una rendita, siccome in caso di pagamento esatto degli interessi decorsi, può benissimo accadere che scorra un lunghissimo spazio di tempo senza che vi sieno altre prove della prestazione, che le quietanze le quali debbono naturalmente restare nelle mani del debitore, così si è prevenuto l' inconveniente che ne risulterebbe (34) coll' obbligare quest' ultimo a somministrare a proprie spese un nuovo documento al suo creditore o agli aventi causa da esso, in tutti li vent' otto anni dopo la data dell' ultimo documento.

2263
2169

Sezione ii.

Delle prescrizioni diverse dalla trentenaria.

Facciamoci ora a conoscere le azioni alle quali si applicano queste specie di prescrizioni, collocando nella medesima classe quelle che esigono, ond' essere prescritte, un medesimo spazio di tempo, e senza fare menzione di quelle delle quali è già stato particolarmente trattato nel Codice sotto i rispettivi titoli che le riguardano.

1. Si prescrivono col decorso di cinque anni;

2277
2183

Le annualità delle rendite perpetue e vitalizie (35), e delle pensioni anche alimentarie (36). Le rendite dovute dal governo soggiaciono egualmente a questa prescrizione (37), (Legge del 24 agosto 1793, art. 156) la quale in questo caso non può essere interrotta da

reclamo, se non quando questo sia seguito nell' anno ed un giorno dalla consegna fatta dal creditore di tutti i documenti giustificativi della domanda (Parere del consiglio di stato approvato il 13 aprile 1809, Bullet. n.° 4320.)

Le pigioni delle case, ed i fitti de' beni rustici; (38)

Gl' interessi delle somme imprestate;

È generalmente tutto ciò ch' è pagabile ad anno, o a termini periodici più brevi (39); 2227 *2183*

Finalmente i giudici ed i patrocinatori sono liberati dal rendere conto delle carte relative alle liti, cinque anni dopo la decisione delle medesime, e questi ultimi non possono, anche riguardo agli affari non terminati, domandare di essere soddisfatti delle loro spese ed onorarj che fossero dovuti da tempo maggiore di cinque anni. 2276 *2182* 2273 *2179*

2. Si prescrivono col decorso di due anni:

L' azione dei patrocinatori per lo pagamento delle loro spese ed onorarj negli affari terminati, o nei quali hanno cessato di agire. Il termine corre dal giorno della decisione delle liti, o della conciliazione delle parti; o della revoca del patrocinatore. (40) *ivi*

L' azione per restituzione dei documenti contro gli uscieri. Il termine decorre dal giorno dell' esecuzione della commissione, o della notificazione degli atti di cui erano incaricati.

3. Si prescrivono col decorso d' un anno (41);

L' azione dei medici, chirurgi e speziali per le loro visite, operazioni e medicamenti;

Quella degli uscieri per la mercede degli atti che intimano, e delle commissioni che eseguono;

Quella de' mercanti (42) per le merci che vendono ai particolari non mercanti (43);

Quella de' maestri che tengono collegj, o sia case di educazione, per lo prezzo della pensione dei loro allievi; e degli altri maestri, per lo prezzo della istruzione;

2272 *2178* Finalmente quella dei domestici stipendiati ad anno, per lo pagamento dei loro salarj.

4. Si prescrivono col decorso di mesi sei:

Le azioni dei maestri ed institutori di scienze ed arti, per le lezioni che danno mensualmente;

Quelle degli osti e dei trattori per l' alloggio e cibarie che somministrano;

2271 *2177* Finalmente quelle degli artisti e dei giornalieri, per lo pagamento delle loro giornate, somministrazioni e salarj.

2274 *2180* Tutte queste prescrizioni hanno luogo nei casi sopra enunziati, quantunque siavi stata continuazione di somministrazioni, di consegne a credenza, di servigj e di lavori (44); e cessano di decorrere quando siavi stato un conto approvato, una polizza od obbligazione (45), od una citazione giudiziale non perenta (46).

In generale, e salve le eccezioni che noi indicheremo qui appresso, queste prescrizioni hanno ciò di particolare, che non sono già stabilite, al pari della trentenaria, come una pena inflitta alla negligenza del creditore, ma unicamente sulla presunzione di pagamento, risultante dall' idea che non si aspetta ordinariamente un sì lungo corso di tempo per farsi pagare di questa sorta di debiti. Quindi ne segue:

Primieramente che queste prescrizioni decorrono contro ogni sorta di persone, eziandio

di età minore o interdette (47), salvo loro il regresso contro chi di ragione; 2278 2184

È secondariamente, che quelli ai quali vengono opposte, possono deferire il giuramento a coloro che le oppongono sul punto di accertare se la obbligazione è stata realmente soddisfatta. Il giuramento può ancora essere deferito alle vedove ed agli eredi del debitore, o al loro tutore, se sono minori, affinchè dichiarino, se sappiano o no che la cosa sia tuttora dovuta (48). 2275 2181

La disposizione relativa al giuramento non è applicabile all' azione per restituzione di documenti contro i giudici, patrocinatori od uscieri, nè alla prescrizione delle annualità, frutti o interessi di rendite, porzioni, fitti, ec.; perciocchè oltre la presunzione di pagamento o di restituzione di documenti, queste prescrizioni sono ancora stabilite, al pari della trentenaria, in punizione della negligenza del creditore (49).

CAPITOLO III.

DELLA PRESCRIZIONE COME MEZZO DI ACQUISTARE.

Prima di entrare in materia io debbo far osservare, che i principj in questo capitolo contenuti riguardano soltanto gl' immobili. Imperocchè in fatto di mobili (50) la prescrizione non è necessaria: il semplice possesso equivale al titolo. Ciò non ostante ove trattasi di una cosa perduta o rubata (51), vi è luogo a ripeterla e rivendicarla per lo corso di tre anni da computarsi dal giorno della perdita o del furto (52), dalle mani di colui presso il quale la stessa cosa si trova, senza che il possessore, ancorchè 2279 2185

di buona fede (53), possa pretenderne indennizzazione, eccettochè non giustifichi di averla comprata in una fiera o mercato, ovvero all'occasione di una vendita pubblica, o da un mercante venditore di simili cose (54); nel qual caso, egli può esigere dal proprietario origina- 2280 rio il prezzo che gli è costata la cosa, e rite- *2186* nersela fino al rimborso.

Per ciò che concerne gl' immobili, la prescrizione, ad effetto di acquistare, esige, come ad effetto di liberarsi, il decorso di tempo dalla legge prescritto; ma inoltre ella esige il possesso per parte di colui che prescrive. In conseguenza le regole che riguardano particolarmente questa specie di prescrizione, sono quelle che determinano la natura del possesso necessario per acquistarla.

2288 Il possesso, in generale, è la detenzione di *2134* una cosa, o l' esercizio di un diritto (55); conciossiachè il possesso si applichi egualmente alle cose corporali ed incorporali. In quest' ultimo caso però, esso è ordinariamente chiamato *quasi possesso.*

Noi diciamo *in generale*, avvegnachè il possesso considerato semplicemente come la detenzione di una cosa, o l' esercizio di un diritto, non basta per acquistare la proprietà mediante la prescrizione: fa mestieri eziandio che esso riunisca ed accoppii parecchie qualità essenziali. Il possesso debb' essere civile, o a titolo di proprietario, pacifico, pubblico, non equivoco e continuato senza interruzione durante il tempo determinato dalla legge.

A titolo di proprietario: in conseguenza coloro che possedono per altri, come il fittajuo-

lo, l'usufruttuario, ec. ed in generale tutti quelli che possedono precariamente (56) la cosa altrui, non possono prescriverla per qualsivoglia decorso di tempo (57). Essi possedono è vero, o piuttosto ritengono; ma questo è un possesso puramente di fatto, che loro non giova per la prescrizione ma che, al contrario, giova a coloro a nome de' quali essi possedono, se mai costoro ne avessero bisogno per prescrivere. 2236 *2142* 2228 *2134*

Quanto ai loro successori, bisogna distinguere: se essi sono a titolo universale, non possono egualmente prescrivere, perchè rappresentano i loro autori, e sono tenuti de' fatti di essi (58). Non è lo stesso di quelli ai quali il possessore precario, o i di lui eredi hanno trasferita la cosa con titolo traslativo di proprietà. Essi possono bensì prescrivere (59), ma per effetto soltanto del loro proprio possesso, e senza potervi aggiungere quello del loro autore. 2239 *2145*

Quelle parole, *a titolo di proprietario*, significano pure *con l' intenzione di essere, od almeno di divenire proprietario della cosa*; poichè senza l' intenzione di ritenere non vi è possesso ad effetto di prescrivere (60); *qui nescit, non possidet*. Laonde il possessore di un fondo dove è un tesoro da esso ignorato (61), non possede perciò quel tesoro. Per lo che sebbene egli possa acquistare la proprietà del fondo medesimo colla prescrizione, egli non può acquistare egualmente quella del tesoro che ignora, ma solamente in forza dell' occupazione, come lo abbiamo veduto nel libro secondo.

Pacifico: vale a dire pacificamente acquistato. In conseguenza, gli atti di violenza (62).

non possono servire di base alla prescrizione;
2233 ma essa può incominciare quando la violenza è
2159 cessata (63);

Pubblico: vale a dire che è necessario che il possesso di colui il quale vuole prescrivere, abbia potuto probabilmente essere conosciuto da quello contro il quale egli vuole prescrivere. Per
691 la qual cosa le servitù non apparenti non pos-
612 sono acquistarsi colla prescrizione.

Non equivoco: vale a dire, che sia legalmente certo che il detentore ha posseduto per esso lui, e non per altri. Noi diciamo *legalmente*, perciocchè non sarebbe stato possibile di astringere il possessore a giustificare la natura del suo possesso per tutti gl' istanti della sua durata. La legge supplisce adunque a questa impossibilità colle seguenti presunzioni (64).

Primieramente: in qualunque possesso fa d' uopo considerare il principio; laonde, quando si è incominciato a possedere per se, ed a titolo di proprietario, si presume sempre, almeno sino alla prova contraria, che si posseda collo stesso titolo; e si reputa sempre che abbiasi incominciato a possedere per altri. Per la stessa ragione, se una volta è provato, che siasi incominciato a possedere per se, fintantochè non sia provato che siasi incominciato a possedere per altrui, si è sempre presunto, eccettochè in caso di prova contraria, pos-
2231 sedere col medesimo titolo. Quindi ne deri-
2137 va: primieramente, che gli atti di pura facoltà, e quelli di semplice tolleranza (65), non
2232 possono servire di fondamento nè per lo pos-
2138 sesso, nè per la prescrizione, ed in secondo luogo, che non si può prescrivere contro il pro-

prio titolo, vale a dire, che non si può cangiare, riguardo a se medesimo, la causa ed il principio del suo possesso. 2240 2146

Noi diciamo che *non si può cangiare ec.*, imperciocchè il principio del possesso può trovarsi cambiato, sia per una causa derivante da un terzo (66), sia per opposizioni fatte (67) all' esercizio del diritto del proprietario; ed allora la prescrizione può aver luogo dall' epoca del cangiamento. 2238 2144

Del resto, è chiaro che la massima, che *non si può prescrivere contro il suo proprio titolo*, non è applicabile alla prescrizione ad effetto di liberarsi (68) dalla contratta obbligazione. 2241 2147

La seconda presunzione legale, in fatto di possesso, è che quegli che possede attualmente, e che prova (69) di avere posseduto anticamente, si presume aver posseduto nel tempo intermedio, salva la prova in contrario (70). 2234 2140

Continuato senza interruzione: qui si distingue egualmente l' interruzione naturale dalla civile.

L' interruzione naturale ha luogo 1. quando la cosa è stata posseduta per più di un anno (71), sia dall' antico proprietario, sia pure da un terzo; e 2. quando il diritto del proprietario è stato riconosciuto dal possessore (72). 2243 2149 2248 2154

L' interruzione civile è la stessa che per la prescrizione ad effetto di liberarsi. I principj sono egualmente gli stessi quanto alla sospensione.

Durante il tempo determinato dalla legge: questo tempo varia secondo il principio del possesso.

Quando il possessore non può esibire un giusto titolo, non può prescrivere che con trent' anni di possesso non interrotto, ed allora non 2262 se gli può più opporre l' eccezione derivante da 2168 mala fede; ma se non è necessario per questa prescrizione, che colui che la invoca produca un titolo, bisogna almeno che non si possa opporgliene uno che ripugni alla prescrizione. Se, per esempio, come già lo abbiamo veduto, è provato che il di lui possesso è stato da principio precario, e che la causa non è stata dopo immutata, lo stesso possesso trentenario è assolutamente inutile e vano. È in questo senso che dicesi *melius est non habere titulum, quam habere vitiosum.*

Richiedesi il medesimo intervallo di trenta 2267 anni, quando vi è bensì un titolo, ma nullo 2173 per difetto di forma (73); oppure se il titolo 2265 essendo valido, sia provato (74) che il posses- 2171 sore ha acquistato in mala fede.

Ma se egli acquistò in buona fede, e con giusto titolo, può prescrivere con dieci anni di possesso, quando il proprietario è presente, e *ivi* con venti anni, quando è assente.

Intendesi per *giusto titolo* quello che avrebbe trasferita la proprietà, se fosse stato emanato dal vero proprietario, come la vendita, il legato (75), la donazione, ec.

La *buona fede* è la giusta opinione nella quale trovasi il possessore che ha acquistata la 2269 proprietà della cosa da lui posseduta (76). Ba- 2175 sta che la medesima sia esistita all' epoca dell' 2268 acquisto (77); ed è sempre presunta, finchè 2174 non si provi il contrario.

Il proprietario è considerato *presente*, quan-

do egli abita (78) nel circondario giurisdizionale della corte reale, nell' estensione del quale è situato l' immobile che si prescrive (79). Se poi il proprietario ha tenuto in diversi tempi il suo domicilio nel territorio suddetto e fuori di esso, è necessario, per compiere il corso della prescrizione, aggiungere a quanto manca ai dieci anni di presenza, un numero d' anni di assenza, che sia il doppio di quello che manca per compiere i dieci anni di presenza; o in altri termini, contare due anni d' assenza per uno di presenza (80).

Non è necessario che il possesso abbia appartenuto alla stessa persona durante tutto il tempo dalla legge richiesto. Si può, in generale, unire al proprio possesso quello del suo autore, qualunque sia la maniera con cui vi si è succeduto, tanto a titolo lucrativo od oneroso, quanto universale o particolare (81).

Nel terminare il trattato della prescrizione non bisogna omettere un' esservazione importante sotto il rapporto della morale; ed è che quanto fu detto su questa materia, si riporta unicamente al foro esterno. Nel foro della coscienza, ad eccezione di alcuni casi che sono ben rari (82), il debitore non può mai opporre la prescrizione ad effetto di liberarsi.

Quanto alla prescrizione ad effetto di acquistare, egli non può invocarla od opporla, che in quanto sia stato in buona fede per tutto il tempo richiesto a validamente prescrivere.

OSSERVAZIONI.

Tre sole giunte, ed una sola riforma han avuto luogo nelle nostre leggi civili a tutti gli articoli contenuti nel titolo delle *prescrizioni*, ultimo del codice civile, che il nostro autore ha, per le ragioni dette nel testo, allogato immediatamente dopo il titolo de' contratti in generale. Noi l' indicheremo in quattro separati paragrafi.

§. 1.

Il primo articolo aggiunto è il 2227 che parla della prescrizione ordinaria resa comune ai beni dello stato, de' comuni e degli altri pubblici stabilimenti (1). In esso si è col corrispondente nostro artico-

---

(1) Vi è luogo alla prescrizione per i beni posseduti dalle chiese e dai luoghi pii ecclesiastici secondo i termini stabiliti dalle leggi civili, e viceversa? Anticamente le città, le chiese, i luoghi pii, il principe, il fisco e simili potevano bensì opporre ai particolari la prescrizione ordinaria, ma questi a quelli non potevano opporla; perchè onde prescrivere le cose fiscali, le patrimoniali del principe, le immobili delle città, delle chiese, luoghi pii ec. era necessaria la straordinaria prescrizione di quarant' anni (l. 2, ff. *de adq. vel amitt. poss.*; l. 8 e 28 ff. *de usurp. et usucap.* l. 2. cod. comm. *de usucap.* §. 9. inst. *de usucap. et long., temp. praescr.* l. 24 cod. *de praescr.* 30 *vel.* 40 *ann.* l. ult. cod. *de fund. patrim. princ.* l. 24 cod. *de SS. EE.* Novell. 3. cap. 1. e Novell. 131): anzi vi bisognava la prescrizione di cento anni per le cose della chiesa romana (Auth. *Quas actiones* cod. *de SS. EE.* novell. 9.). Ma pare che il legislatore avendo eguagliato lo stato stesso ai particolari, non abbia inteso far alcuna eccezione per le chiese. Nè osta che in quest' articolo non abbia il medesimo fatta particolar menzione delle chiese, poichè le ha comprese nelle generali espressioni *degli altri pubblici*

lo 2133 aggiunta l'eccezione per i dritti del real tesoro ne' seguenti termini « Nondimeno la prescri-» zione de' dritti del tesoro pubblico non corre a » vantaggio de' contabili, se non dal giorno in cui » è cessato il loro esercizio ed han dato il loro con-» to ». A motivare questa disposizione si è detto ch' essa ha il suo fondamento nella natura stessa della cosa. Pendente l'esercizio d' un' amministrazione tutto s' ignora sulla condotta del contabile : quando quest' esercizio è terminato allora è messa in chiaro la sua condotta, allora si conosce tutta la sua gestione, quindi allora si verifica nel fisco il dritto di agire. Prima di tal epoca non può correre la prescrizione per la massima *contra non valentem agere non currit praescriptio.* (1)

Da ciò sembra che vi bisognerebbero tutte e due le condizioni, della cessazione dell' esercizio e della reddizione del conto, per decorrere la prescrizione a favor del contabile. Pure può riflettersi che il conto reso ed approvato assolve il contabile per quella gestione, e se da quest' epoca scorrano i trent' anni, il dritto del tesoro dovrebb' essere prescritto su quel conto, abbenchè il contabile avesse continuato il suo esercizio. Lasciamo a risolver questa quistione alla saviezza de' magistrati.

§. 2.

All' articolo 2269 del codice civile si è fatta una importante aggiunzione che pruova maggiormente quel che abbiamo assunto parlando nelle nostre osservazioni sulle riforme fatte, e le quali hanno avuto in mira di richiamar il più che si è potuto gli antichi stabilimenti del dritto comune o municipale.

---

stabilimenti, come ha praticato in altri casi, giusta che osservammo sulle donazioni vol. V. pag. 107.

(1) V. gli autori del Comento alle nostre leggi su questo articolo.

Era stabilito nell' articolo suddetto bastare che la buona fede sia esistita al tempo dell' acquisto: Tra noi si è aggiunta nel corrispondente art. 2175 delle leggi civili una eccezione nel seguente modo.

» Basta che la buona fede siavi stata nel tem-
» po dell' acquisto, perchè si presuma continuata in
» tutto il tempo richiesto a prescrivere. La mala fe-
» de sopravvenuta nuoce: ma non potrà essere am-
» messa a dimostrarla altra pruova se non quella na-
» scente da scrittura ».

A sviluppare questa importante disposizione conviene rivolger lo sguardo alle varie fasi che la prescrizione subì tra noi, ed alle varie disposizioni legislative alle quali diè luogo.

Ricordiamoci che per roman dritto era sufficiente che la buona fede vi fosse stata nel principio dell' acquisto (1); e la mala fede sopraggiunta non era di alcun nocumento l. 2, §. 19, ff. *pro empt.*, l. 1, cod. *de usur.* ll. 10, 15, e 43, ff. *de usurp. et usucap.*

I Longobardi che ci dominarono non riconoscendo l' usucapione ammisero però la prescrizione di trent' anni, tanto nelle cose mobili che nelle immobili, purchè fossero possedute in buona fede (leggi Longobarde lib. 2, tit. 35, l. 5, e 9). Richiesero però quella di quarant' anni per le divisioni trai fratelli (loc. cit. l. 7), e quella di sessant' anni contro del fisco (loc. cit. l. 8). Ma prevalse tra noi la consuetudine dal dritto de' franchi introdotta, di ammettersi la prescrizione di un anno un mese ed

(1) Ma pel tempo dell' acquisto le romane leggi intendevano quello della tradizione, l. 15, §. ult., l. 44 §. 48 ff. *de usurp. et usucap.* e l. 2. prin. ff. *pro empt.* ad eccezione del contratto di compra e vendita nel quale ricercavasi la buona fede e nel tempo del contratto ed in quello della consegnazione, l. 10 e 48 ff. *de usurp. et usucap.* l. 7 §. 16, et ult. in fin. ff. *de pub. in rem act.*

un giorno generalmente su tutte le cose, purchè fossero in buona fede possedute. Venne pertanto ciò abolito colla costituzione *Durum et diram* di Federigo II, che, confermando l'usucapione e prescrizione del roman dritto, cioè del triennio per le cose mobili, e del decennio per le immobili trai presenti, e vicennio tra gli assenti, non che quella di quarant'anni introdotta da' Longobardi, richiese per conseguirsi queste prescrizioni il giusto titolo e la buona fede, *bona fide undique concurrente*; e la richiese benanche nell' erede e nell' avente causa di quegli che dovea prescrivere (1). Confermò finalmente la prescrizione tricennale, per tutte le azioni tra privati, eccetto l' ipotecaria che protrasse ad anni quaranta. Lo stesso Imperadore colla seconda costituzione *consuetudinem pravam* introdusse la prescrizione di trent' anni pel possesso del feudo, quando presente l' avversario si fosse prestato il servizio alla regia corte; e colla costituzione *quadragenalem* ammise la sola prescrizione centenaria contro del Fisco.

Tutto ciò fu confermato da Ferdinando I Aragonese, il quale vi aggiunse che avverso tali prescrizioni non potesse chiedersi restituzione in intero per motivo di guerra o di peste se non nel caso che l' avversario si fosse per tal causa reso assente; nè per motivo di nuovi rinvenuti instrumenti, se non si fosse (inteso l' avversario) dimostrato che tali instrumenti si fossero veramente rinvenuti di recente, e fossero stati sino allora ignoti. Pram. 1. e 2. *de praescript.*

Finalmente l' Imperador Carlo VI tra le grazie e privilegj accordò quella della prescrizione centenaria contra il fisco per i beni e dritti feudali ancorchè costasse del *titolo vizioso infetto o invalido*, pur-

---

(1) Era questo contrario all' antico dritto romano l. 4 ff. *de divers. et temp. praescript.*, ed al dritto Imperiale, l. 1 cod. *de preascript. long. temp.* ma era già stato introdotto colla novella 119 cap. 7.

chè questo non si fosse esibito dagli stessi possessori. Tom. II *Privileg.*

Ora chi avrebbe creduto che dopo tante disposizioni legislative si fosse ancora messo in dubio nel nostro foro se la prescrizione di trent'anni ammetter si dovesse, e se luogo dar si potesse alle prescrizioni? Eppure basta consultar D'AFFLITTO alla dec. 13 num. 2, e 3, e DE MARINIS lib. II. *Resolut.* cap. 115, num. 10, per vedere i diversi pareri e de' dottori, e de' tribunali. Quindi per esecuzione della prammatica del 1738 dovendosi riunire le ruote del Sacro Regio Consiglio per risolvere e stabilire sui dubbj della nostra legislazione, una delle prime cose che si ebbe in mira fu di risolvere le quistioni sulla prescrizione, che tanto importa al pubblico interesse della società di mantenere, e che non senza ragione sebbene molto enfaticamente fu detta la padrona del genere umano. Nell'anno 1742 il suddetto supremo tribunale a ruote giunte opinò « darsi » luogo in qualunque foro del regno alla prescri» zione colla quale si estinguono tutte le azioni, » purchè questa fosse confermata dalle condizioni » prescritte dal dritto *civile*, *pontificio*, *e municipa*» *le*: In conseguenza non potersi di essa giovare nè » il debitore che per la conoscenza del debito è » sempre in mala fede, nè l'erede, anche di buo» na fede, che fosse succeduto al possessore di mala » fede: Doversi però presumere la buona fede nel » terzo possessore; e perciò giustamente poter co» stui avvalersi della prescrizione di trent'anni de» corsi dal dì della nata azione, dedotti i tempi » che per dritto non decorrono: Esser lecito però » di escluderla provandosi dall'attore che il posses» sore della cosa, sia nel principio sia tra lo spazio » del tempo necessario a prescrivere, fosse veramen» te stato in mala fede, purchè ciò si dimostri con » *aperti argomenti*, escluse assolutamente le pruove » di presunta mala fede. » Questo parere approvato

dall' Augusto Carlo III nello stesso anno forma appunto la Prammatica III *de praescript.*

Ora senz' entrare nell' esame delle condizioni richieste dal dritto civile e dal dritto municipale sulle quali sursero ancora de' dubbj tra gl' interpetri (1) certo è che il dritto pontificio esigeva la buona fede in tutto il tempo del possesso. Lo prescrisse Alessandro III nel cap. 5 delle *estravaganti* , e lo confermò Innocenzio III nel cap. ult. delle medesime. Apertamente poi si rileva dal riferito decreto del S. R. C. approvato dalla prammatica III.

Abolita questa legge statutaria per effetto della legislazione sopraggiunta nel 1809 , si fece ritorno precisamente ai principj del roman dritto disponendo l' art. 2269 del codice civile in un modo assoluto, esser bastevole che la buona fede esistesse al momento dell' acquisto.

Ora le nuove leggi hanno in questo punto ripristinato il sistema della prammatica suddetta ; ma l' esperienza avendo fatto conoscere quanto poco si potesse fidare sulla fede de' testimoni , e sull' incertezze d' una pruova vocale si è prudentemente modificato il prescritto prammaticale, prescrivendosi non poter essere ammessa a dimostrare la mala fede del possessore altra pruova che *quella nascente da scrittura.*

È in questo solo articolo che siamo ritornati agli antichi stabilimenti. In tutti gli altri punti riguardanti la prescrizione le nuove leggi hanno stabilito quel che la retta ragione dettava, e quel che trovavasi e nella romana e nella francese legislazione disposto.

---

(1) V. le Instit. del Regno di Fimiani, lib. II cap. VI , e quelle di Fighera lib. II tit. VII.

§. 3.

Anche una riforma ha subito l'art. 2171 del codice civile, nel corrispondente articolo 2177 delle nostre leggi civili.

La prescrizione di sei mesi ha luogo in Francia per le azioni degli operai e dei giornalieri per il pagamento delle loro giornate, somministrazioni e salarj giusta l'art. 2271, e la prescrizione di un anno per le azioni de' domestici stipendiati ad anno giusta l'art. 2272 per il pagamento del loro salario. Nulla si era disposto pel pagamento del salario di costoro quando siano stipendiati a mese; e solo per interpetrazione bisognava dire che allora correr doveva il termine stesso della prescrizione stabilita per gli altri giornalieri. L'art. 2177 ha tolto quest' imbarazzo ai giudici. Esso ha stabilito che *si prescrivono col decorso di sei mesi . . . , le azioni . . . . de' domestici stipendiati a mese, degli operaj e de' giornalieri pel pagamento delle loro giornate, de' loro salarj, e delle somministrazioni loro dovute*.

Per i domestici poi stipendiati ad anno si è fatto rimaner ferma la prescrizione stabilita di un anno nell'art. 2272 confermata col nostro art. 2178.

§. 4.

L'ultimo articolo così del codice che delle nostre leggi civili ha pure subìta se non una generale riforma almeno una parziale per li dominj al di là del Faro.

L'art. 2281 del codice francese ordinando che le prescrizioni incominciate all'epoca della sua pubblicazione dovessero regolarsi a norma delle leggi anteriori, stabilì che ciò non ostante qualora in quelle leggi si richiedesse più di trent'anni, tutte le prescrizioni si perfezionassero con un tal decorso di tempo da computarsi dalla stessa epoca.

Il corrispondente nostro articolo 2187 si spiega ne' seguenti termini.

» Le *prescrizioni* incominciate precedentemente » al dì primo gennajo 1809 ne' dominii al di quà » del Faro e per quelli al di là del Foro precedentemente al giorno in cui le presenti *leggi civili* » saranno ivi in vigore, avranno rispettivamente la » durata ordinata dalle leggi anteriori.

» Ciò non ostante, se le anzidette prescrizioni » secondo le leggi anteriori fossero oltre i trent'anni, saranno estinte col decorso di soli trent'anni. » Per gli dominii non però al di là del Faro, se i » trent'anni si compiano nel corso dell'anno dal » dì che le presenti *leggi civili* saranno ivi in vi» gore, i trent'anni non si avranno per compiti che » il dì 31 dicembre dell'anno 1820. »

Quest' articolo non ha bisogno di comento particolare. Sono note le varie prescrizioni introdotte dal roman dritto, dal canonico, e dal nostro municipale, molte delle quali ne indicammo nel §. 2. di queste osservazioni.

Solo bisognerebbe sapere qual fosse stato il motivo pel quale ai dominii al di là del Faro per le prescrizioni incominciate precedentemente all'epoca della pubblicazione del nuovo nostro codice venne accordato un anno e quattro mesi dippiù per dirsi compite. Rissovveniamoci che la legge de' 26 marzo 1819 stabilì che in qualunque epoca seguisse la sovrana sanzione e pubblicazione di ciascuna parte del codice, essa non potesse aver vigore ne' dominj *al di qua ed al di là del Faro* che dal primo giorno di settembre 1819. Se in vece di dirsi in questo articolo, si avranno per compiti nel dì 31 dicembre 1820, detto si fosse 1819, si comprenderebbe che si volle toglier il fastidio di calcolare i mesi nelle prescrizioni, e che questo spazio poteva servire per far conoscere queste nuove disposizioni a tutti quegli abitanti. Pure si è loro accordato oltre a questi

quattro mesi un' anno dippiù, nel quale rimane incerta la proprietà che poteva esser giovata dalla prescrizione. Non sapendo escogitarvi alcun motivo, e nulla dicendocene que' dotti che ci han preceduti, alcuno de' quali fè parte nella commissione della riforma fatta del codice civile, non dobbiamo attribuirlo che alla volontà del legislatore che dee sempre e ciecamente esser eseguita.

NOTE E SPIEGAZIONI.

LIBRO TERZO.

NOTE AL TITOLO QUINTO.

(1) *De' contratti o delle obbligazioni convenzionali in generale.* Intorno a questa materia è alla conoscenza di tutti l'eccellente trattato di Pothier *delle obbligazioni.*

(2) *Di trasferire la proprietà*, come la vendita, la permuta, ec.

(3) *Immediatamente e da loro medesimi.* Davano il *jus ad rem*; non si acquista il *jus in re* che colla tradizione. (V. la nota 63 al tit. I. del lib. II. vol. 3 pag. 282 e seg.).

(4) *Questo principio è consacrato* ec. Salve alcune eccezioni che saranno indicate qui appresso al cap. IV. sez. 1.a

(5) *Annoverati tra i modi di acquistare la proprietà.* Corrispondevano a ciò che anticamente gli autori chiamavano *tituli ad adquirendum dominium*, titoli in virtù de' quali si poteva costringere la parte avversa a trasferire la proprietà colla tradizione. In forza del nuovo principio, e salvi i casi di eccezione, son essi divenuti *modi adquirendi dominii*, modi cioè di acquistar la proprietà immediatamente e prima di qualunque tradizione.

(6) *Ma eziandio a tutte le obbligazioni convenzionali.* Osservate che nel nostro dritto i vocaboli *contratto e convenzione* sono sinonimi. La distinzione che facevano i Romani tra *patti* e *contratti* è a noi affatto ignota (a).

(a) Ciò non ostante noi troviamo nella nostra giurisprudenza molti esempj di semplici patti nel senso del roman dritto, vale

(7) *L' intera libertà.* Diciamo *l' intera*; poichè se il debitore avesse a dir vero la libertà di non dare o di non fare ciò ch' è l' oggetto dell' obbligazione, ma solamente dando o facendo invece altra cosa, vi sarebbe sempre una obbligazione del genere di quelle che noi chiamiamo *facoltative*. (V. al testo cap. 3 sez. 4.)

(8) *Costringere il debitore all' esecuzione.* Da questo principio appunto derivano le regole delle obbligazioni facoltative di cui si fa cenno nella nota precedente.

(9) *Da un' atto puro e semplice.* Tale sarebbe questa promessa: *Io pagherò se voglio, se mi piace.* Noi vedremo qui appresso cap. III, sez. 1.ª, che non bisogna confondere quest' obbligazione con quella contratta sotto la condizione di un fatto che dipende dal debitore di fare, o di non fare. Questa ultima obbligazione è valida.

(10) *Puramente naturali, puramente civili, e miste.* Si dividono ancora le obbligazioni in perfette ed imperfette. L' obbligazione perfetta è quella che dà al creditore un dritto qualunque nel foro esterno, o per via di azione o per via di eccezione. L' obbligazione imperfetta è quella la quale non ha effetto che nel foro della coscienza: tal' è l' obbligo di far limosina, di rimeritare un beneficio. L' obbligazione perfetta può essere civile o naturale. L' obbligazione naturale rassomiglia alla imperfetta, perchè non produce alcuna azione; ma ne differisce, poichè produce effetti civili nel foro esterno, come sarà detto in appresso, quando altro non fosse che quello d' impedire la ripetizione della cosa pagata in conseguenza di un obbligo di questa specie; laddove l' obbligazione imperfetta non produce assolutamente nel foro esterno verun effetto. Che si direbbe infatti di un povero il quale volesse non restituire ciò che gli fu pagato indebitamente e per isbaglio, sotto pretesto che il reclamante come più ricco di lui è tenuto in coscienza a soccorrerlo?

(11) *O la dà inefficace.* Un' azione è inefficace quando il suo effetto può essere distrutto col mezzo di una eccezione perpetua. Tal è una obbligazione pre-

---

a dire patti o convenzioni prive d' azione per colpa di non essersi osservata la formola senza la quale la legge non l' accorda. (V. Toullier nel suo *Dritto civile Francese* 3. edizione Tom. VI, n.° 16).

scritta. Si può agire in virtù di essa, in guisa che se il debitore non oppone la prescrizione, il giudice non può supplirvi, e dee condannare il convenuto. (art. 2223 ✝ 2129.) Ma dal momento in cui la prescrizione è validamente opposta l' azione diviene del tutto inutile.

(12) *Da un debito di giuoco* : salve alcune eccezioni le quali si trovano nell' art. 1966 ✝ 1838, la legge non dà azione per crediti di tal sorta.

(13) *Una obbligazione prescritta* : per questa obbligazione e per quella della moglie non autorizzata, la legge dà un' azione, ma se ne può troncare interamente l' effetto opponendo la prescrizione o la mancanza d' autorizzazione. (V. la nota seguente).

(14) *Senza alcuno effetto civile.* Distinguevano i Romani tre specie di obbligazioni puramente naturali.

Quella che era tale *in ragion della persona* : come, se un pupillo *pubertati proximus* avesse contrattato senza l' assistenza del suo tutore ;

Quella che l' era in *ragione della natura della convenzione* : come l' obbligo risultante da ciò che presso i Romani chiamavasi *patto nudo* ;

Finalmente quella che l' era ad un tempo *in ragion della persona e della natura della convenzione* : come quella che risultava dalla fidejussione data da una donna, ovvero da un imprestito di danaro fatto da un figlio di famiglia.

L' obbligazione puramente naturale a causa della natura della convenzione non produceva in verità alcuna azione. Ma era questo il solo effetto civile ch' ella non avesse ; e ciò si atteneva alla sottigliezza del dritto romano, secondo il quale non si poteva intentare un' azione che a norma di una formola qualunque. Ora non vi erano formole per le obbligazioni risultanti da semplici patti. Ma tranne ciò, questa obbligazione avea tutti gli altri effetti civili : produceva un' eccezione, dava luogo al compenso, alla novazione, al pegno, alla fidejussione, al costituto, ed impediva la ripetizione della cosa pagata.

Le due altre specie di obbligazioni naturali non producevano azioni, nè potevano dar luogo al compenso. In una parola esse non avevano quasi alcun effetto civile ; giacchè fra queste obbligazioni ve n' erano alcune, quella per esempio della donna che avea prestato malleveria, le quali non impedivano neppure la ripetizione

della cosa pagata (L. 9. cod. *ad senat. Vellejan.*), e che non potevano servir di base ad alcuna obbligazione accessoria anche contratta da terze persone. (L. 16 §. 1. ff. *eod.*

Nel nostro dritto noi conosciamo l'obbligazione semplicemente naturale in ragion della persona, come quella contratta da un incapace, qual sarebbe un minore che abbia tuttavia l'età di ragione, una donna maritata priva di autorizzazione ec.; e l'obbligazione naturale in ragion della natura della convenzione, come è quella che risulta da un debito di giuoco, nei casi non eccettuati dall' art. 1966 † 1838. Quest' ultima specie non ha altro effetto civile che d' impedire la ripetizione della cosa pagata senza frode. (art. 1967 † 1839.) Le obbligazioni della prima specie possono diventar civili con la ratifica espressa o tacita. Altrimenti possono soltanto servir di base ad obbligazioni accessorie contratte da terzi, come pegno, malleveria. Quanto alla ripetizione di ciò che fu pagato in virtù di simili obbligazioni, bisogna distinguere: Se l'incapacità esisteva ancora nell' epoca del pagamento, l'incapace può sempre farsi restituire avverso tal pagamento, e quindi avverso l' obbligo di cui quello fu l'esecuzione. Ma se l' incapacità non esisteva più nell'epoca del pagamento, allora questo diviene una tacita ratifica dell' obbligo e toglie in conseguenza all' obbligato il dritto di farsi restituire.

V'è ancora un' altra specie di obbligazioni naturali di cui è parola nel testo; cioè le obbligazioni prescritte. Hanno esse presso a poco gli stessi effetti delle obbligazioni naturali in ragion dalla persona; se non che per renderle valide riguardo al debitore, non è necessario che sieno state ratificate; basta che il debitore abbia fatto un atto dal quale si possa indurre una rinunzia alla prescrizione.

(15) *Quella derivante da una condanna ingiusta.* In questo caso è l'autorità della cosa giudicata che produce l' obbligazione: *res judicata pro veritate habetur.* (L. 207 ff. *de regulis jur.*) (V. qui appresso cap. 6. sez. 3. §. 1.)

(16) *Da un giuramento decisorio.* Se colui al quale si domanda una cosa ha dichiarato volersene riferire al giuramento dell' attore, e che questi abbia giurato che la cosa gli era dovuta, il reo convenuto sarà in obbligo di

pagare, quand' anche nol dovesse e che si offerisse a provarlo. (Art. 1363 + 1317.) (V. in seguito cap. 6 sez. 5, §. 1.)

Si scorge da questo esempio e da quello della nota precedente, che io non ho adottato la definizione dell'obbligazione puramente civile, com'è data dagli autori che scrissero sul dritto romano. *Obligatio mere civilis*, dicono essi, *est vinculum solius juris quod parit actionem, sed quae perpetua exceptione elidi potest.* E davano per esempio di siffatta obbligazione quella ch' era stata contratta per dolo o per violenza. Questa obbligazione *jure civili*, produceva un' azione contro la quale il pretore accordava un' eccezione perpetua, *doli*, o *quod metus causa*. Io non ho dovuto ammettere questa definizione derivante dalla distinzione del dritto civile dal dritto pretorio, distinzione assolutamente ignota al nostro dritto. E d' altronde bisogna osservare che io qui non intendo parlare che dell' obbligazione avente effetto. Ora può dirsi forse che una obbligazione la quale si può rendere perfettamente inutile per mezzo di una eccezione, sia veramente una obbligazione? *Hoc genus obligationis*, dice Vinnio, *prope modum sine re, et exitu inutile. Nihil interest*, dice la legge 112 ff. *de regul. juris*, *ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur.* I Romani riconoscevano dunque pur essi che questa obbligazione pretesa civile non era in realtà una obbligazione. Io ho dovuto quindi rigettare siffatta definizione; e d' altronde, poichè per confessione di tutti intendesi per obbligazione *puramente naturale*, quella che obbligando nel foro interno, non produce azione civile, sembrava analogo all' ordine delle idee ed alle buone regole del ragionamento, il definire l' obbligazione puramente civile, quella che produce un' azione civile, ma che però non obbliga nel foro interno.

(17) *Le quali non hanno che la legge*, civile; ma in generale in questo caso essa non fa che sanzionare le disposizioni della legge naturale.

(18) *Ad un tempo medesimo creditrice e debitrice.* Così nella vendita, il venditore è debitore della cosa venduta e creditore del prezzo; il compratore dalla sua parte è creditore della cosa, e debitore del prezzo.

(19) *Il contratto è una convenzione.* La convenzione è, *duorum pluriumve in idem placitum consensus, animo*

contrahendae obligationis. (L. 1. §. 2 e 3 ff. *de pactis.*)

(20) *E sinallagmatici imperfetti.* Questa distinzione è necessaria per l'applicazione di parecchi articoli, e particolarmente dell'art. 1325 ✝ 1279, la di cui disposizione benchè sembri relativa ai contratti sinallagmatici in generale, non si applica però che ai contratti sinallagmatici perfetti.

(21) *La vendita, la permuta, la locazione ec.* In fatti questa specie di contratti non può esistere senza che ci sia obbligazione reciproca. Non si può concepire una vendita senza che vi sia obbligo dalla parte del venditore di consegnare la cosa, e dalla parte del compratore di pagare il prezzo. Sopprimete una di queste obbligazioni, la vendita non è più. È lo stesso della permuta, della locazione, ec.

(22) *Il mandato, il deposito, ec.* È dell' essenza del mandato che il mandatario sia obbligato a render conto; del deposito, che il depositario sia tenuto a rendere il deposito. Ma l' azione che il mandatario, ovvero che il depositario ha contro del mandante o del deponente pel rimborso delle spese da essi fatte in occasione del mandato o del deposito, non è che un' azione eventuale, e senza di cui il contratto può esistere giacchè può facilmente accadere che il mandato o il deposito non abbia cagionato veruna spesa nè all' uno nè all' altro.

(23) *Tali sono il prestito ec.* Non già che in alcuni di questi atti non possa esservi obbligazione prima che la cosa sia stata consegnata. Allora però non sarà uno de' contratti qui riferiti, ma uno di quelli che i Romani chiamavano *innominati.* Se per esempio una persona si è obbligata a prestarmi del danaro in una data epoca, per una data impresa, che fidando in tal promessa io m'abbia incominciato de' lavori, fatto spese considerevoli, e che nell' epoca stabilita costui neghi senz' alcun motivo di mantener la promessa fattami, talchè ne risulti la perdita di tutte le mie anticipazioni, essa potrebbe, secondo le circostanze, e soprattutto se il prestito non era gratuito, esser tenuta ad indennizzarmi. Ma è chiaro che ciò non è in virtù di un contratto di prestito, poichè al contrario non v' ha obbligo se non perchè non vi fu prestito. L' obbligo in questi casi è unicamente fondato sulla disposizione della legge naturale sanzionata dagli art. 1382 ✝ 1336 e 1383 ✝ 1337, i quali dicono che si è

tenuto di riparare il danno che col proprio fatto altrui s' è cagionato. (a)

(24) *Per l' interesse e l' utilità reciproca delle parti.* L' articolo 1106 † 1060 definisce il contratto *a titolo oneroso*, quello che assoggetta ciascuna delle parti a dare o a fare qualche cosa. Ma è chiaro che questa definizione, la quale è realmente quella del contratto sinallagmatico, non può applicarsi al contratto a titolo oneroso; giacchè sotto questo rapporto essa pecca contra una regola della logica, la quale vuole che ogni definizione convenga *omni et soli definito*. Or essa non conviene *omni definito*, perchè non conviene all' imprestito ad interesse, il quale è certamente un contratto a titolo oneroso, ed in cui il mutuante non è tenuto a fare ovvero a dar nulla. Non conviene *soli definito*, poichè può applicarsi al deposito, al mandato, che sono contratti di beneficenza.

(25) *Commutativo propriamente detto, o aleatorio.* È manifesto che la divisione de' contratti in *commutativi ed aleatorii* non è una divisione principale, ma solamente una suddivisione de' contratti *a titolo oneroso*; poichè tutti i contratti *a titolo oneroso* non possono essere che *comutativi od aleatorii*, e che viceversa tutt' i contratti *comutativi o aleatorii* si presumono essere *a titolo oneroso.*

(26) *È comutativo propriamente detto.* Abbiamo aggiunto le parole *propriamente detto*, perchè il contratto aleatorio è altresì comutativo, dandosi qualche cosa in cambio di ciò che si riceve, non fosse altro che una probabilità, una speranza. Ma come questa probabilità, questa speranza può ridursi a pochissimo, ed anche talvolta a nulla, io chiamo propriamente *comutativi* i contratti ne' quali evvi realmente alcun chè di effettivo dato dalle due parti.

(27) *È riputata.* Poichè non è necessario, almeno

(a) Riflette Toullier, l. c. n.° 19, che le definizioni date dal codice de' contratti unilaterali o bilaterali sono inesatte, e la teorica che vi si racchiude sia imperfetta e capace ad indurre in errore se non sia con discernimento applicata. Non vi è di esatto, dic' egli che la divisione presa nella natura delle cose in promesse unilaterali o bilaterali. La promessa è unilaterale quando non è ancora accettata, diventa bilaterale coll'accettazione (V. Heinnecio nelle *Prelezioni* a Grozio, lib. 2. cap. XI, §. 3, e 4.)

nel foro esterno, che la cosa data sia assolutamente e realmente di un valore eguale alla cosa ricevuta. Basta che le parti l' abbian considerata come tale, salvo il caso di lesione in certi contratti o riguardo a certe persone. (art. 1118 † 1072.)

(28) *L' equivalente effettivo*, a differenza del contratto aleatorio, nel quale l' equivalente non consiste che in una probabilità di guadagno o di perdita.

(29) *I contratti non solenni.* Son quelli che Pothier, secondo il dritto romano, chiama contratti *del dritto delle genti.* Noi abbiam cambiato questa denominazione, prima perchè per dritto delle genti s' intende principalmente fra noi il dritto *inter gentes*; ed in secondo luogo perchè la parola solenne sembra disegnar meglio tali specie di contratti, la di cui esistenza dipende dall' osservanza di certe formalità richieste *ad solemnitatem*, *non vero ad probationem tantum.*

(30) *I contratti solenni*, chiamati da Pothier *contratti del dritto civile.* (V. la nota precedente.)

(31) *Nel presente titolo. Quid*, della distinzione stabilita dal dritto romano tra i contratti *di buona fede* ed i contratti *di stretto dritto*? Quantunque questa distinzione sembri abrogata dall' art. 1135 † 1089, pur nondimeno essa esiste veramente tuttora nel nostro dritto. In effetti la differenza consisteva in ciò: ne' contratti di stretto dritto, il giudice era obbligato a contenersi nei limiti della convenzione, senza poter condannare alcuna delle parti al di là di quello cui erasi essa formalmente obbligata; nei contratti di buona fede al contrario, la condanna poteva estendersi a tutto ciò che poteva esiger l' equità. Così nel prestito di danaro, ch' era di stretto dritto, il giudice non poteva ordinare il pagamento degl' interessi se non quando erano stati formalmente stipulati, qualunque ritardo d' altronde il debitore avesse posto nel pagamento. (L. 30, §. 2. ff. *de usuris.*) Ora è lo stesso fra noi; ancorchè una obbligazione fosse scaduta da dieci anni, sino a tanto che non v' è domanda giudiziaria il creditore non può esigere interessi (art. 1153 † 1107); e se la legge li fa decorrere dal giorno della domanda, è ciò soltanto a titolo di danni ed interessi, e per punire il debitore, il quale con ingiusta contestazione volle eludere l' adempimento dell' obbligo suo.

Nella vendita al contrario gl' interessi del prezzo e-

rano dovuti dal compratore soltanto pel fatto della mora, poichè era giusto, dicevasi, che godendo dei frutti della cosa pagasse gl' interessi del prezzo. Ora questa disposizione è consacrata con alcune leggiere modificazioni dall'art. 1652 † 1498 del codice. Finalmente l'art. 1514 † T. presenta una disposizione la quale è di strettissimo dritto, poichè non si estende nemmeno agli eredi della parte che ha stipulato, a meno che non vi sieno formalmente compresi.

(32) *Senza il consenso delle parti.* L' art. 1108 † 1062 dice che per la validità del contratto fa d'uopo il consenso della parte che s' obbliga. Questa redazione è inesatta. Egli è impossibile concepire un contratto senza il consenso di tutte le parti; ma non è necessario che le volontà di esse concorrano nel medesimo istante: purchè la volontà di quella la quale non è intervenuta in principio sia dichiarata prima che l' altra non abbia rivocata la sua, la convenzione è validamente formata. (art. 1121 1075.)

Se un debitore, assente o inconsapevole il creditore, va presso un notajo a dichiarare o riconoscere ch' egli dee tal somma alla tale persona, questo riconoscimento sarà egli valido? O almeno potrebbe mai il debitore, prevalendosi dell' art. 1121 rivocarlo insino a che il creditore non abbia dichiarato che intende profittarne? Io credo che l'atto è valido ed irrevocabile. Bisogna in effetto distinguer bene il contratto dall' atto che lo pruova. Il contratto di prestito esiste dal momento in cui fu prestato il danaro. Il biglietto o la dichiarazione non costituisce il contratto, ma n' è soltanto la pruova. Vi sia o no una carta, il debitore dee sempre pagare ciò che ha preso ad imprestito: egli debb'esservi anzi condannato, a meno che non neghi il debito; nel qual caso egli va assoluto dalla domanda se il debito non può essere legalmente provato, poichè innanzi la legge tutto quello che non è provato si reputa non esistere. Posta questa distinzione, bisogna dire che pel contratto è mestieri il concorso delle due parti, ma che questo concorso non è necessario per la pruova del contratto. Ciò risulta d'altronde ad evidenza dall' art. 1331 † 1285 ove si legge che le scritture prodotte dal debitore solo, fanno fede contro di lui in molti casi.

(33) *Alle quali la legge proibisce certi determinati con-*

tratti. (V. gli articoli 450 † 373, 1595 † 1440 e seguenti.)

(34) *Se dunque vi è errore sulla sostanza.* Se io credo comprare un anello d'oro e che esso sia di rame dorato, la vendita è nulla, se io posso provare che ho creduto realmente comprar un anello d'oro: e ciò quand' anche il venditore fosse stato egli stesso nella buona fede (L. 41, §. 1, ff. *de contrah. emp.*). Sarebbe altrimenti se avessi comprato una cattiva cosa credendola buona. La bontà della cosa può essere il motivo che me l'ha fatta comprare; ma però non v'è errore; poichè la cosa da me comprata è realmente quella ch'io avea intenzione di comprare. (a)

(35) *Quando si dissente sul prezzo.* Se io credo comprare la vostra casa per 10000 franchi e che voi crediate vendermela per 12000, la vendita è nulla; non già se io credeva vendervela per 10000 e voi comprarla pe 12000, poichè *majori summae minor inest*; ed in questo caso la vendita è valida per 10000 franchi.

(36) *Se trattasi di vizii redibitorii.* La parola *redibitorii*, dal latino *redhibere*, riprendere una cosa che si è venduta, è consacrata ad indicare, 1. i difetti nascosti di una cosa venduta quando son tali che l'acquirente non l'avrebbe comprata se li avesse conosciuti. (art. 1641 † 1487 e 1644 † 1490.) E 2. l'azione che l'acquirente ha in questo caso contro del creditore per obbligarlo a riprendersi la cosa. (V. appresso al titolo *della vendita.*)

(37) *La causa principale della convenzione.* Per esempio se ho pattuito per un quadro con un pittore che non è quello col quale ho creduto trattare, la convenzione può essere annullata, poichè in un contratto di questo genere non si considera d'ordinario che il nome e la fama del pittore. Se però il pittore col quale ho trattato non sapesse che io lo prenda per un altro, e ch'egli abbia fatto il quadro, sarei obbligato di pagarlo in virtù non già del contratto, ch'è nullo, ma

(a) L'errore sulle qualità accidentali della cosa non annulla il contratto se non quando ne abbiano fatta una condizione. Ma pare impossibile stabilire in tal materia principj di una perfetta esattezza; i casi a' quali possono applicarsi si diversificano in tanti modi, che l'applicarli dipende necessariamente dalle circostanze, DOMAT, lib. 1. tit. 2. sez. VII. n.o 13.

della regola d'equità che mi obbliga a pagare ciò che io ho ordinato. Quindi il prezzo non sarà quello che fu pattuito, ma verrà regolato a giudizio di periti. Se io mi accorgo dell'errore prima del cominciamento del lavoro, e che glielo faccia conoscere, egli non avrà azione contro di me, se non nel caso in cui la commissione che gli ho data gli avesse impedito d'incaricarsi d'un'altra opera; nel qual caso io sarei tenuto d'indennizzarlo. Ma s'egli sapeva che io lo prendeva in iscambio e non me n'abbia avvertito, non solo non avrà azione contro di me in verun caso, ma se la tardanza risultata dall'errore nel qual mi ha lasciato è stata a me di pregiudizio, sarà egli tenuto ad indennizzarmene.

(38) *Può benissimo divenire causa di nullità*; ma fa d'uopo perciò che il motivo enunciato sia comune alle due parti, mentre se era particolare ad una di esse e che non abbia influito in nulla sul consenso dell'altra, l'obbligazione sarebbe valida. Esempio.

Io compro un cavallo per apparigliare una muta in cambio di un altro che io credo morto e che non l'è: la vendita è valida. Il motivo che mi ha determinato è particolare a me stesso e non riguardava per nulla colui che mi ha venduto il cavallo. Esempio dell'altro caso: io sono erede di una persona che era vostro debitore. Contratto con voi una nuova obbligazione in vece della prima che credeva ancora esistente, e ritrovo quindi la prova che quella prima era stata soddisfatta. La seconda obbligazione è nulla, poichè il falso motivo che l'ha determinata è comune alle due parti. (V. qui appresso la nota 422 in fine.)

Quid, se la causa è falsa per errore di dritto? Forse bisognerebbe distinguere. Se l'effetto dell'errore di dritto fosse di far perdere alla persona che è nell'errore ciò che gli appartiene, penserei volentieri, dietro le leggi romane, che il contratto è nullo e che la ripetizione può aver luogo; per es. se una persona che è per dritto sola erede di un defunto divida la successione con un'altra persona ch'essa crede egualmente erede, ma per errore di dritto, *puta*, un fratello cugino del defunto che divide la successione coi figli di un altro fratello cugino, perchè crede che possano venire come rappresentanti del loro padre: *Juris ignorantia*, dice Papiniano, L. 7 ff. *de jur. et fact. ignor.*, *suum petentibus non nocet. Juris error*, dice

lo stesso giureconsulto, L. 8 *eod.*, *in damnis amittendae rei suae non nocet.* Ora nel proposto caso il vero erede era per legge investito della proprietà di tutta la successione. Dividendola con un terzo egli ha perduto ciò che gli apparteneva, *rem suam amisit*; dunque l' errore di dritto non può essergli di nocumento. Ma se a tenore delle circostanze potesse scorgersi il più leggiero motivo di pensare che l' impegno ebbe luogo per qualunque altra causa, non vi sarebbe allora più adito a ripetizione: così avviene quando un successibile si divide una eredità, cui per le leggi civili ei solo avea dritto, con un altro successibile dello stesso grado, ma che per effetto delle leggi contra la migrazione fosse privo di qualunque dritto alla stessa eredità; e così pure se un erede parziale si obbliga verso un creditore della successione a pagar la totalità del debito, l' obbligo è valido, ed egli non sarà ammessibile qualora voglia allegare di aver agito per errore di dritto, credendo mal a proposito esser tenuto *in solidum* de' debiti della successione. Si può in vece supporre in lui l' intenzione di far onore alla memoria del defunto. (a)

(39) *Almeno nel foro esterno.* Nel foro interno è proibito ispirare il più leggiero ingiusto timore ad alcuno per fargli contrarre una obbligazione.

(40) *Ad un male considerabile e presente.* Bisogna esser minacciato di un male presente. Non così ove trattasi di un male che non può accadere che in capo ad un certo tempo, per esempio, il timore di esser privo di qualche eredità non ancora deferita. Questa circostanza però può esser presa talvolta in considerazione, allorchè si tratta di pronunziare sopra consensi dati da successibili ad operazioni fatte dal loro autore, l' effetto delle quali può trasferirsi ad epoca posteriore alla morte. Ne abbiamo parecchi esempii nelle note precedenti. Veggasi ancora intorno a tal oggetto l' art. 1339 † 1293.

(a) Tratta più estesamente Toullier questa quistione, l. cit. n.° 58 e seguenti; e conclude che » l' errore di dritto al pari » dell' errore di fatto annulla la convenzione quando quest' errore sia stato la causa principale, o il *solo fondamento* del contratto.

Due eccezioni ha fatto il codice a questo principio, ed il suddetto Autore le indica; vale a dire nelle transazioni (art. 2052 † 1924); e nelle confessioni fatte in giudizio (art. 1356 † 1310).

(41) *Ma il solo timore* : noi diciamo *il solo*, poichè se questo timore è accompagnato da violenza per parte dell' ascendente, può dar luogo alla nullità dell'obbligazione.

(42) *Basta che abbia avuto direttamente per oggetto*. In conseguenza l' obbligazione non è nulla, benchè la violenza ne sia stata la causa, quando lo scopo di quella non era il far contrarre l' obbligazione. Esempio: una persona esposta ad imminente pericolo fa una promessa ad un terzo affinchè venga a liberarla. L' obbligo è valido, perchè la violenza non avea per oggetto di farlo contrarre. Nondimeno se l' oggetto promesso fosse molto considerevole ed affatto sproporzionato al pericolo che ha potuto correre il liberatore, l' obbligo potrebbe esser soggetto a riduzione. Anticamente si faceva tra la violenza e l' errore questa distinzione, l' errore era un motivo di nullità delle convenzioni, *quia qui errat non consentit*; la violenza al contrario non era che causa di rescissione, mentre chi consente, quantunque per forza, ad ogni modo consente: *qui mavult*, *vult*; *coacta voluntas est semper voluntas*. Attualmente che il codice ha messo ad un livello le obbligazioni nulle e le rescindibili, questa distinzione non è più utile che nel foro interno. Colui che fa, quantunque per timore, un' azione proibita dalla legge naturale è colpevole: colui che fa la stessa azione per errore può essere innocente. (a)

(43) *Nel foro esterno*. Non così nell' interno ove il più leggiero dolo è proibito.

(44) *Che esso sia l'opera di una delle parti*. Dunque se il dolo viene da un terzo, senza complicità dalla parte del contraente il contratto non può rescindersi; salva l' azione pe' danni ed interessi contra colui che ha commesso il dolo, e salvo ancora il caso in cui fosse dal

(a) *Quid* degli obblighi fatti da un debitore carcerato per somma superiore al suo dare? Se giustamente e legalmente era carcerato non può valersi dell' eccezione della violenza, nè di quella della lesione qualora non sia ne' termini della legge. Se la carcerazione fosse stata senza causa legale, tutto che fatta secondo le forme della legge, ne risulterebbe una violenza ingiusta che darebbe luogo alla rescissione degli atti stipulati durante la detenzione. V. Toullier, l. c. n.o 81 e seguenti, dove esamina e confuta la distinzione imaginata dal consigliere d' Epine de Grainville riferita da Merlin nelle sue *Quistioni di diritto* v. Crainte, §. 2.

dolo risultato un errore della natura di quelli che possono dar luogo alla nullità del contratto. Ma dovrebbe allora la nullità esser domandata per causa di errore e non di dolo. (a)

Quid, nel caso di ubbriachezza? Vi ha dolo, o che l' ubbriachezza sia stata cagionata da chi trattò colla persona ubbriaca, o altresì nel caso contrario. Egli è sempre colpevole di aver trattato con un uomo che non era in se.

Perchè bisogna, onde il contratto sia rescisso per dolo, che il dolo sia stato praticato dalla stessa parte contraente, laddove la violenza commessa da qualunque persona vizia il consenso? Tutti gli autori hanno ammessa questa distinzione, ma non ne conosco alcuno che ne abbia addotto un soddisfacente motivo. Io credo averlo trovato nella legge 14 §. 3. ff. *quod metus causa. Cum metus*, dice quel paragrafo, *habeat in se ignorantiam, merito quis non adstringitur, ut designet quis ei metum vel vim adhibuerit.* È ben possibile che l' individuo il quale soffre la violenza non conosca chi glielа fa soffrire: *metus habet in se ignorantiam.* Se dunque non gli si permettesse di chiedere la nullità del contratto, ne seguirebbe che da una parte egli sarebbe obbligato ad eseguire una convenzione cui non avrebbe prestato che un consenso figlio della forza, e dall' altra non potrebbe farsi indennizzare da chi l' avesse costretto, poichè si è supposto, che nol conosce. E d' altronde ancorchè il conoscesse, sarebbe possibile che questi fosse in uno stato d' insolvibilità che gli togliesse qualunque speranza di regresso. Non è lo stesso nel caso del dolo il quale suppone sempre una certa confidenza dalla parte di colui che venne ingannato. Ora non si può aver confidenza che in una persona che si conosce. Essendo dunque impossibile che la persona ingannata non conosca quegli che l' ingannò, dee imputare a se stessa di aver dato la sua confidenza a chi non n' era degno: ma ciò non è una ragione per annullare un contratto stipulato con chi trattò di buona fede.

Noi diciamo *chi trattò di buona fede*, poichè se la parte è complice del dolo, ciò rientra nel caso dell' art.

(a) Vedi quel che osserva in questo caso TOULLIER, l. cit. n. 93 e 94.

1116 † 1070, e può dar luogo contro di lei sia alla domanda di nullità, sia ai danni ed interessi, secondochè il dolo *incidit in contractum aut dedit causam contractui.* (V. la nota seguente.)

Potrebbe domandarsi, contra la moglie la nullità di un atto eseguito dal consorte come amministratore de' di lei beni, a causa del dolo ch'egli ha commesso? Io penso che sì, almeno *quatenus locupletior facta est.* (Argomento tratto dalla legge 15, ff. *de dolo malo*), e per conseguenza senza danni ed interessi; se peraltro ella non è complice, poichè allora dovrebbe esser tenuta solidalmente col marito.

La stessa decisione dee applicarsi al minore in ragione del dolo commesso dal suo tutore. *Dicta* L. 15.

Potrebbe opporsi al successore il dolo del suo autore? Le leggi romane decidono ch'esso può essere opposto al successore a titolo gratuito; ma non al successore a titolo oneroso. (L. 5, §. 29 e 31, *de doli mali et metus except.*) E in effetti, osservate che colui il quale oppose il dolo non può farlo che per non essere *in damno*, altrimenti non avrebbe interesse: *certat igitur de damno vitando.* Ora è principio generale che tutte le volte in cui il conflitto si stabilisce *inter duos*, *quorum unus certat de damno vitando*, *et alter de lucro captando*, il primo debb' esser preferito. Dunque, nella specie, il dolo dell'autore potrà essere opposto al successore a titolo gratuito: *saltem quatenus locupletior factus est.* Ma riguardo all'acquirente a titolo oneroso, la condizione è uguale, ed allora si ha da preferire quest'ultimo, cui nulla può essere rinfacciato, al primo che ha sempre ad imputarsi di essersi lasciato ingannare ed aver data la sua confidenza a chi non la meritava.

(45) *L'altro non avrebbe contrattato.* Questo è quello che i Romani chiamavano *dolus dans causam contractui*, a differenza del *dolus incidens in contractum*, il quale non annulla la convenzione. Esempio: io so che volete comprare una casa ed impiego de' maneggi che vi determinano a comprare la mia; ecco il dolo *qui dat causam contractui*, giacchè senza questi maneggi voi non avreste probabilmente comprato la mia casa. Se dunque foste realmente ingannato, potete fare annullare la convenzione. Ma voi eravate in trattato per comprare la mia casa, ed io ho usato artificio per farvene pagare un

prezzo più considerevole: il dolo non è stato il motivo del contratto, poichè voi avevate realmente l' intenzione di comprare quella casa medesima; ma esso è sopravvenuto nel contratto, *incidit in contractum*, esso vi ha fatto consentire a sborsarne un prezzo maggiore di quello che avreste pagato se non foste stato indotto in inganno. Non v'è dunque luogo ad annullare la convenzione; ma soltanto ad accordarvi i danni ed interessi (art. 1382 + 1336 e 1383 † 1337), che nel caso corrisponderanno alla differenza del prezzo stipulato nel contratto con quello che ne avreste probabilmente dato se l' artificio non fosse sopravvenuto.

Si distingue ancora il dolo personale ed il dolo reale. Il dolo personale è quello di cui qui si tratta e che risulta da maneggi praticati da una persona per ingannarne un' altra. Il dolo reale, chiamato dagli autori *dolus re ipsa*, è quello che ha luogo allorchè, inscie le parti, la cosa trovasi tale che debbasi presumere non aver quelle trattato, se ne avessero conosciuto il vero stato. Questo dolo può egualmente dar luogo alla nullità del contratto (art. 1643 + 1489 e 1721 + 1567), ma ordinariamente non dà luogo a danni ed interessi (1646 † 1492); ed è in ciò che i suoi effetti differiscono da quelli del dolo personale (art. 1645 + 1491). Così pure esso non può servire di fondamento a ricorso per ritrattazione di sentenza; e lo può il dolo personale. (*Cod. di proced.* art. 480 † 544.) (a)

(46) *Il dolo in questo caso non si presume mai*, salvo peraltro il caso di fallimento (Cod. di comm., art. 444 + 436, 445 + 437 e 446 + 438); e salvo ancora i casi in cui la legge pel solo fatto del concorso di tali circostanze, dichiara un atto fraudolento e come tale lo annulla. Così sol perchè una donazione è fatta al padre, alla madre, ec., dell' incapace, la legge suppone nel donante l' intenzione d' aver voluto frodare le sue disposizioni, e annulla in conseguenza la donazione come se fosse fatta all' incapace medesimo. Perciò abbiamo aggiunto nel testo le parole: *in questo caso*.

(a) Gli artifizii che costituiscono il dolo possono qualche volta esser tali da degenerare in scrocco, che le nostre leggi penali mettono nel numero delle *frodi*, nell' art. 430 n. 5., della di cui disposizione spesso si abusa per procurarsi la pruova testimoniale contra un contratto. Noi ne parleremo nel nostro Corso di giurisprudenza penale.

(47) *Nei contratti commutativi*, propriamente detti. L'azione di rescissione per lesione non ha luogo ordinariamente nei contratti aleatorii a motivo della probabilità ch'è troppo difficile valutare.

(48) *Nel foro esterno*. Nel foro esterno, qualunque lesione commessa artatamente debb' essere riparata.

(49) *All' uso*. Nel commodato il semplice uso della cosa è l' oggetto del contratto.

(50) *Ed anche al semplice possesso*, o piuttosto alla detenzione, come nel pegno il creditore non ha nè la proprietà della cosa, nè il dritto di usarne; egli non ha che il dritto di ritenerla sino al pagamento del suo credito. La semplice detenzioné o ritenzione della cosa è dunque l' oggetto di questo contratto.

(51) *Le cose future*. Io posso vendere il ricolto che produrrà il tal pezzo di terra l'anno venturo.

(52) *Una semplice speranza*. Per esempio, il pesce che si prenderà colla tal rete, il carico del tal naviglio che sta in mare. La differenza che passa tra questa specie e quella della nota precedente si è che la vendita di ciò che si troverà in una rete è valida quand' anche la rete non avesse preso nulla, in vece che nella vendita di una ricolta, io penso che se la ricolta fosse ridotta alla metà per effetto di un caso fortuito, il venditore sarebbe tenuto di patire una diminuzione nel prezzo proporzionata a quella della ricolta, s' egli non preferisse di consentire alla resiliazione del contratto di vendita (arg. dedotto dall'art. 1770 ✝ 1516). La ragione della differenza sta in ciò, che può accadere frequenti volte che una rete non peschi nulla, mentre non è del pari probabile che una ricolta sarà interamente o quasi interamente distrutta.

Ma se la cosa che può esistere e che non esiste ancora può esser l' oggetto del contratto, non avviene lo stesso per quello che ha cessato di esistere al momento della convenzione (art. 1061 ✝ 1017).

(53) *È in conseguenza proibita*, salve nondimeno le disposizioni contenute negli art. 918 ✝ 834 e 1076 ✝ 1032, e nei capitoli V e VI del titolo precedente. I conjugi possono egualmente stipulare pel loro contratto matrimoniale, sulle successioni che potranno scadere durante il matrimonio, sia per escluderle dalla lor comunione, sia per farvele entrare.

(54) *Che la cosa sia in commercio*; vale a dire, che sia attualmente proprietà privata, o suscettibile di divenirlo. (Art. 538 † 463 e 541 † 466).

(55) *Almeno sotto certi rapporti*, per es. quanto alla sua specie. Del pari se trattasi di un fatto, bisogna che abbia almeno una sorta di determinazione, che in caso di controversia o d' inadempimento metta il giudice in grado di scorgere ciò che le parti hanno inteso fare, e di statuire sui danni ed interessi. Così la legge 2. §. 5 ff. *de eo quod certo loco*, decide che l' obbligazione di fabbricare una casa senza indicazione è nulla.

(56) *Che possono servire a determinarla*. Così l' obbligazione di dar fromento è nulla; ma quella di somministrare la quantità di fromento necessaria per nudrire la tale famiglia durante un anno, è valida, poichè questa quantità può essere determinata a giudizio di periti.

(57) *Fisicamente e moralmente possibile*. (V. la nota 4 al tit. IV del lib. III. Vol. V pag. 130).

Del resto non è necessario che il fatto sia possibile al debitore: basta che sia possibile in se stesso. Il debitore debbe imputare a se di essersi impegnato a far una cosa superiore alle sue forze.

(58) *Promettere o stipulare*. Promette il debitore, stipula il creditore.

(59) *In generale*. Noi diciamo *in generale*, poichè vi sono alcuni casi, come vedremo or ora, ne' quali le convenzioni possono giovare ai terzi.

(60) *Non v' è dunque obbligazione civile*. Non è questa propriamente parlando una nullità, ed è molto essenziale l' osservarlo. Il solo vizio di questa obbligazione si è che non ne può risultare alcun mezzo in favore dello stipulante onde costringere il debitore ad adempirla. Indi segue: 1. che se le parti hanno apposta alla loro convenzione una clausola particolare da cui possa risultare un mezzo onde costringere all' adempimento, l' obbligazione diviene valida: Se per es. evvi una clausola penale in favore dello stipulante, la pena potrà essere domandata se il debitore non adempie al suo obbligo riguardo al terzo: e ciò appunto prova che l' obbligo non è propriamente nullo, giacchè altrimenti la clausola penale sarebbe nulla del pari. (Art. 1227 † 1180).

2.° Che se il terzo a di cui profitto si è stipulato dichiarò nel medesimo caso che intendeva profittare del

patto, questa sola dichiarazione fatta, anche in assenza del debitore, basta per dare al terzo un'azione onde reclamare l'adempimento della convenzione (art. 1121 † 1075): il che prova che prima esisteva una obbligazione; giacchè altrimenti, per crearne una, bisognerebbe il concorso delle due volontà.

3. Che questa specie di obbligazione è valida nel foro interno; poichè, lo ripetiamo, essa altro vizio non ha all'infuori di quello di non potersene forzar l'esecuzione; il che non impedisce che il debitore in coscienza e secondo i principii del dritto naturale sia obbligato ad eseguirla.

(61) *Perchè si eseguisca la convenzione.* Se per es. io ho intrapresa la gestione degli affari di Pietro, posso validamente impegnarvi a far una cosa che da siffatta gestione dipenda, poichè ho interesse che gli affari sieno fatti e ben fatti, onde non esser tenuto a danni ed interessi verso di Pietro.

(62) *Di una stipulazione che si fa per se stesso.* Questo è il caso preveduto nel §. 1 della precedente nota 60. Esempio: *voi darete la vostra casa a Paolo; se no, mi darete* 10000 *franchi.* D'altronde in questo caso è realmente una obbligazione contratta a mio favore sotto una condizione negativa. Io posso stipulare che voi mi darete 10000 franchi se non fate la tal cosa. Posso dunque egualmente stipulare il pagamento della stessa somma se non date la vostra casa a Pietro.

(63) *Di un altro.* Così, io vi dono la mia casa o pure ve la vendo a tal prezzo, a condizione che darete 10000 franchi a Pietro: la convenzione è valida. Ma badate che nel caso in cui risulti dalla convenzione un vantaggio puramente gratuito in favore del terzo, bisogna che il terzo sia capace di ricevere da quello che stipula, e che sia capace di ricevere con lo stesso atto che contiene la disposizione principale (V. le note 112 e seguenti al tit. IV del lib. III. Vol. V pag. 239).

(64) *Ha dichiarato di volerne profittare.* (V. la nota 106 al tit. IV del lib. III. Vol. V. pag. 236).

Nell'antico dritto romano il terzo non poteva agire direttamente contro del debitore. Il creditore medesimo che avea contrattato non potea costringere ad adempire la convenzione in vantaggio del terzo. Ei non aveva in caso di rifiuto che l'azione per farsi rendere ciò che a-

vea dato, azione chiamata *condictio causa data, causa non secuta*; ma la legge 3, *cod. de donat. quae sub modo*, ha data l'azione diretta al terzo; e l'avrebbe certamente nel nostro dritto. Colla sua dichiarazione che intende profittare del patto, egli è divenuto parte nell'atto, ed ha acquistato il dritto di domandarne l'esecuzione.

(65) *O promette per i suoi eredi. Quid* se si è stipulato o promesso per uno de' suoi eredi soltanto? Io credo che bisogna distinguere il caso della stipulazione da quello della promessa. Nel caso della stipulazione, io son d'avviso che l'erede debb'essere riguardato *tamquam adjectus solutionis causa*; che il creditore può dunque pagargli validamente la totalità del debito, ma che l'erede è tenuto di ripartirne l'ammontare coi suoi coeredi: altrimenti sarebbe disporre in suo favore di una parte della successione; il che non può aver luogo che per atto di ultima volontà.

Per la stessa ragione mi pare che colui il quale contrae un impegno verso di un individuo, può stipulare che questi non esigerà il pagamento del debito da uno degli eredi di lui debitore. Questa è la decisione della legge 33 ff. *de pactis*; la quale aggiunge nel medesimo tempo che questa convenzione non impedirà al creditore di domandare il pagamento del debito agli altri eredi; ben inteso però per le loro parti soltanto.

In tutt'i casi questa parte della convenzione non diverrà irrevocabile che per la morte dello stipulante; e ciò quand'anche anteriormente alla morte l'erede disegnato avesse dichiarato volerne profittare. Dapoichè noi supponiamo nel caso che la convenzione è fatta a vantaggio di uno degli eredi, come erede. Ora egli non può acquistare simile qualità che accettando la successione dello stipulante: *et viventis nulla est ereditas*. Allorchè l'una delle parti ha promesso per l'uno de' suoi eredi soltanto siffatta convenzione può avere per effetto che questo erede sia solo incaricato dell'adempimento? Noi esamineremo tal quistione alla nota 179.

(66) *O non risulti dalla natura della convenzione.* Se per es. ho stipulato un usufrutto, una rendita vitalizia, ripugna alla natura della convenzione che i miei eredi possano domandare la continuazione dell'usufrutto o del vitalizio. Del pari se il fatto che ho stipulato non

poteva essere eseguito che dal debitore, come il dipingere un quadro, è manifesto che l'obbligo non passa ai di lui eredi. (V. l'art. 1514 + T.)

Osservate che le convenzioni che hanno effetto in favore degli eredi o contro gli eredi corrispondono a ciò che i Romani chiamavano *pacta in rem*, patti reali; e gli altri ai *pacta in personam*, patti personali. I patti potevano essere reali *ex utraque parte*, *scilicet ex parte tam creditoris*, *quam debitoris*. Nella obbligazione risultante da un prestito di danaro, il credito passa agli eredi del creditore, e può reclamarsi l'adempimento anche contro gli eredi del debitore. Il patto può esser personale *ex parte creditoris*, e reale *ex parte debitoris*; come se io stipulo una rendita vitalizia con voi; i miei eredi nulla hanno da reclamare fuorchè gli arretrati scaduti durante la mia vita: i vostri eredi al contrario sono obbligati a continuarmi il pagamento della rendita se a voi sopravvivo. Finalmente il patto può esser reale *ex parte creditoris*, e personale *ex parte debitoris*; come se ho promesso di pagare tutti gli anni una somma qualunque fin che avrò vita; il credito passa agli eredi del mio creditore se mi sopravvive, ma l'obbligo si estingue con me e non passa ai miei eredi.

(67) *A quei che han causa.* S'intende in generale per *avente causa* colui che trae il suo dritto da una persona, ed in questo senso comprende gli eredi. Ma quando, come qui, essa è aggiunta alla parola EREDE, *eredi ed aventi causa*, significano più specialmente i successori a titolo particolare. Se dunque per es. io ho transatto con una persona che pretendea qualche dritto su di un fondo del quale io era possessore, e che per mezzo di questa transazione essa abbia rinunziato a qualunque dritto sul medesimo, la convenzione gioverà a tutti quelli cui potrò io trasmettere il detto fondo a qualunque titolo siasi; e ciò quand'anche la stipulazione, o transazione sembrasse concepita *in personam*, come se fosse detto che *la persona s' impegna a non far valere le sue pretensioni contro di me relativamente al tale fondo.* (L. 17 §. 5 ff. *de pactis*; e POTHIER, delle obbligazioni, n. 68.) (a).

(a) Veggasi la Giunta fatta da TOULLIER al tomo X della sua opera nella quale esamina una dissertazione di MERLIN, ed un'altra di DUCAURROY, sul senso delle parole *aventi causa e terzo* negli art. 1319, 1322, e 1328 del codice.

(68) *Nel quale l' avente causa succede.* Così le servitù passano a tutti gli acquirenti del fondo in favore del quale sono state stipulate; ma bisogna che evidentemente apparisca la convenzione esser fatta in favore del fondo e non della persona.

Quid se il proprietario di due case, nella mira di accorciare la via dall' una all' altra avesse stipulato con un vicino il dritto di passare durante la propria vita sul fondo del detto vicino; se venisse quindi a vendere le due case, il beneficio di questa convenzione si trasferirebbe all' acquirente, almeno durante la vita del venditore? Io nol credo. È ben evidente che il dritto non fu stipulato in favore del fondo poichè la durata ne fu ristretta alla vita dello stipulante; ma è piuttosto, come fu detto nella nota 123 al tit. IV del Lib. II, una specie di dritto di uso, che non può per conseguenza esser ceduto ad alcuno. Nè osta il §. 6 citato della legge 17 ff. *de pactis*, che taluni allegano in appoggio dell' opinione contraria. Si vede in effetti dal paragone di questo paragrafo col precedente, e come solidamente lo stabilisce Cujacio, che si tratta in quel caso del possessore di un fondo che trovandosi turbato riguardo alla proprietà del medesimo, fa col suo avversario una convenzione colla quale questi si obbliga di lasciargliene il possesso durante tutta la sua vita; ed il giureconsulto decide che il beneficio di questa convenzione passa a tutti gli acquirenti del fondo a titolo gratuito o oneroso, ben' inteso però durante la vita dello stipulante. Questa decisione è giusta per due ragioni: la prima: che il dritto dello stipulante può in questo caso essere paragonato sotto quasi tutti i rapporti a quello d' un usufruttuario. Ora l' usufruttuario può donare o vendere il dritto che ha di percepire i frutti della cosa sottoposta al suo usufrutto. La seconda si è che l' altro contraente non ha interesse ad impugnare la vendita o la donazione. La scelta della persona che dee possedere gli è presso a poco indifferente; il solo interesse ch' egli abbia in virtù della convenzione, si è di ricuperare il possesso dopo la morte dello stipulante: ora queste due ragioni non sono applicabili al caso in cui si tratta di un dritto di passaggio accordato personalmente allo stipulante.

Quid, riguardo alle promesse concernenti un fondo? Bisogna distinguere: se queste promesse costituiscono in

favore dello stipulante un dritto della natura di quelli che si dicono reali, come il carattere essenziale de' medesimi è di seguire il fondo in qualunque mano faccia passaggio, tutti i possessori successivi del fondo saranno tenuti di soffrirne l' esercizio; tale sarebbe un dritto di uso, di usufrutto, di servitù o d' ipoteca. Sarebbe lo stesso di tutte le convenzioni che potrebbero essere riguardate come condizioni dell' acquisto fatto dall' obbligato e che sarebbero apposte nell' atto stesso traslativo di proprietà. Tale sarebbe l' obbligo imposto al donatario di adempire certe condizioni, il patto commissorio, quello di ricompra in caso di vendita, ed in generale tutte le condizioni risolutive apposte ad un' alienazione. In tutti gli altri casi per l' adempimento della convenzione non potrebbe agirsi che contra il debitore medesimo o i suoi rappresentanti a titolo universale.

(69) *Ad effetto di ricevere la cosa per me ed in mio nome.* E questo quello che le leggi romane chiamavano *adjectus solutionis gratia.* Questa clausola particolare può dar luogo ad alcune quistioni.

In primo luogo può egli pagarsi sempre validamente alla persona indicata? Sì, fino a tanto che essa non ha subito un cangiamento di stato che abbia influito sulla di lei capacità. Se dunque era un maggiore che dopo sia stato interdetto, una donna che siasi maritata, il debitore non potrebbe più pagarle validamente. (L. 38. ff. *de solut.*) Nemmeno potrebbe egli pagare al tutore o al marito, perchè non son essi che furono indicati.

Può pagarsi alla persona indicata a malgrado del creditore? Sì, quando l' indicazione fa parte della convenzione. Si presume che il debitore non abbia consentito a contrarre l' obbligo che sotto la condizione di poter pagare alla persona indicata: *certam conditionem habuit stipulatio, quam immutare non potest stipulator,* (L. 12. §. 3. *eod.*) Altrimenti se dopo l' obbligazione contratta, il creditore ha incaricato il debitore di pagare alla tale persona. Allora è un semplice mandato che il creditore può rivocare *ad libitum.* (L. 106. ff. *eod.*) Ed anche quando l' indicazione fa parte della convenzione, se il debitore non avesse alcun interesse a pagare all' indicato anzichè a qualunque altro, io credo che non potrebbe validamente pagargli, se il creditore gli avesse notificato di pagare a lui o a qualche altra persona.

Si può pagare agli eredi dell' indicato? No, l' indicato è un vero mandatario. Questo mandato è in verità irrevocabile quando fa parte della convenzione; ma ad ogni modo è sempre un mandato che finisce con la morte del mandatario. (L. 81 ff. *eod.*) Nondimeno se l' indicato fosse egli stesso creditore, allora sarebbe una specie di delegazione imperfetta; e si potrebbe pagare validamente ai suoi eredi.

Se il creditore ha ricevuto una parte del debito, può pagarsi il resto all' indicato? Sì. (L. 17 *eod.*)

(70) *E che rispondi per essa.* Ma dietro il principio che niuno debb' esser presunto aver voluto fare un atto nullo, e che *interpretandus actus potius ut valeat, quam ut pereat*, io credo che per poco che le espressioni di cui si son serviti i contraenti si prestino alla presunzione, la convenzione di garentia debb' essere facilissimamente supposta. (a)

(71) *Un potere nelle forme.* In qual termine il terzo per cui si è alcuno portato mallevadore è tenuto a ratificare? La legge non ha prescritto e non potea prescrivere alcuna dilazione; ma se la convenzione tacesse, e che ciò si prolungasse al di là del termine ragionevolmente necessario per darsi la ratifica, il mallevadore potrebbe esser citato a sentirsi dire che sarà tenuto di presentare la ratifica in tale termine, altrimenti la convenzione resterà annullata, con i danni ed interessi. Può farsi alcuno mallevadore di un minore ed in generale di un incapace? Sì, non v' ha dubbio. Ma in questo caso la ratifica dell' incapace basterà essa per esonerare colui che ha data sicurtà, sia che questa ratifica possa rescindersi o no? La legge 3. ff. *ratam rem haberi*, decide che la semplice ratifica basta, e che importa poco che il minore si faccia restituire posteriormente. Ed in effetti è questo il caso di applicare la massima che *ratihabitio mandato aequiparatur.* È dunque come se la parte avesse trattato con un mandatario del minore. (È da vedersi un arresto della corte di cassazione del 16 febbrajo 1814 che trovasi nel bollettino n. 29.)

(a) *Farsi forte*, dice il francese, che noi traduciamo *rispondere*, è lo stesso che rendersi garante. Ora *Quid*, se io ho semplicemente promesso il fatto del mio erede presuntivo, o di qualunque altra persona da me dipendente? Si reputa che io ne abbia garentita l' esecuzione giusta la l. 38 in princ. e §. 1, ff. *de verb oblig.*, l. 83, l. 49 ibid. V. Toullier, l. cit. num. 237.

(72) ***Su d' una falsa causa.*** Ma la falsità della causa espressa non impedisce che l' obbligo sia valido ove esista d' altronde un' altra causa lecita. Così giustamente venne deciso dalla cassazione il 2 dicembre 1812. (SIREY, 1813, 1.ª parte, pag. 33.) (a)

(73) *Per non esservi espressa la causa*, come s' egli è detto *io prometto di pagare la tal somma a Pietro*, senz' altra spiega.

(74) ***Purchè sia d' altronde provato legalmente.*** Bisognerà dunque che il creditore provi l' esistenza della causa. Ma come potrà farsi questa prova? In sulle prime se trattasi di un oggetto il di cui valore non eccede i 150 franchi, non v' è dubbio che la prova può farsi a via di testimonii (art. 1341 + 1295.) Se poi questo valore eccede la detta somma, ciò può offrire maggiori difficoltà. Io credo non pertanto che la pruova testimoniale può ancora essere ammessa. In effetti l' art. 1347 † 1301 autorizza questa pruova allorchè vi abbia un cominciamento di pruova per iscritto: e chiamasi così qualunque atto emanato da colui contro del quale la domanda è formata, e che rende verisimile il fatto allegato. Ora qui avvi un atto emanato dal debitore, il quale atto rende verisimile il fatto allegato; dapoichè cosa v'ha dipiù verisimile se non che una persona la quale ha promesso di pagare una somma ne sia realmente debitrice? Dunque vi è cominciamento di pruova per iscritto; dunque la pruova testimoniale può essere ammessa.

(75) *Avrebbe ragione di ripeterlo in giudizio.* Quindi la causa può essere illecita, sia dalla parte del solo creditore, sia da quella del creditore e del debitore insiememente. Dalla parte del creditore solo, se, a modo di esempio, alcuno stipula il pagamento di una somma per fare ciò cui era obbligato gratuitamente, ove tuttavia la di lui obbligazione sia perfetta; giacchè se non era che imperfetta, il

(a) Ma spetta al creditore di provare l'altra causa lecita. V. l' arresto della cassazione di Francia del 9 giugno 1812, riferita da SIREY, an. 1812 pag. 237.

Quid, se la falsità della causa non sia conosciuta che per confessione del creditore, il quale però indica un' altra causa legittima del suo credito? La sua confessione essendo indivisibile l' obbligo debb' esser dichiarato valido. Veggansi due decisioni su ciò riferite nelle *quistioni di dritto* di MERLIN V. *cause des obligations* §. 2.

patto sarebbe valido, almeno nel foro esterno. Quindi la promessa fatta al depositario per ottenere la restituzione del deposito è nulla, poichè l'obbligo di rendere il deposito è un' obbligazione perfetta. (V. la precedente nota 10.) Ma chi stipulasse una cosa qualunque in pagamento di un servizio da rendere al suo benefattore, farebbe un' azione in verità poco delicata; ma il patto non sarebbe meno valido, poichè la riconoscenza non produce che una obbligazione imperfetta.

Se la causa è illecita dal canto delle due parti, come se alcuno promette qualche cosa ad un altro perchè faccia alcun ch'è proibito dalla legge, l' impegno è nullo e non ne risulta azione; ma altresì ove la somma sia stata pagata, non v' è luogo a ripetizione, poichè colui che ha promesso non avendo offeso la legge meno di colui al quale la promessa è stata fatta, non può di vantaggio aver azione. D'altronde sono entrambi egualmente colpevoli: ora, *in pari causa melior est conditio possidentis* (L. 8. ff. *de condit. ob turpem vel injust. caus.*)

Fu deciso in Bordeaux il 27 gennajo 1816 che l'obbligazione sottoscritta per ottenere la dimissione per un uffizio era nulla, come fatta per una causa illecita. (Sirey, 1816, 2.a parte, pag. 59)

Lo stesso fu sentenziato in Parigi il 23 aprile 1814. (*Ibid.* 1815, 2.a parte, pag. 238.)

Queste decisioni possono parer rigorose. Ma in tutti i casi mi sembra che se una simile convenzione è illecita, essa l' è *ex utraque parte*, e che per conseguenza l' arresto di Parigi non avrebbe dovuto condannare alla restituzione delle somme pagate. (a)

(76) *Dal giorno in cui fu convenuta.* Questa specie di obbligazione è una vera obbligazione a termine, poichè non differisce dalla pura e semplice che nell' esserne sospesa l' esecuzione sino a che l' avvenimento sia conosciuto dalle parti; ma differisce essenzialmente dall' obbligazione condizionale nelle seguenti cose.

1.o L' obbligazione non è *in suspensu*; ella è valida

(a) Ma qual titolo avrebbe costui per ripeter quel che diede per una causa illecita? Essendovi colpa dall' una e dall' altra parte pare che dovrebbe seguirsi la regola del roman dritto. *Si et dantis et accipientis turpis causa sit possessorem, potiorem esse, et ideo repetitionem cessare*: l. 28 de R. I. e L. 8 ff. *de condit. ob turpem causam* 12. 5.

o nulla nel suo principio: valida se l'avvenimento fosse accaduto; nulla se nol fosse. *Statim aut peremit obligationem, aut omnino non differt.* (L. 100 ff. *de verbor. obligat.*).

2.° In conseguenza di questo principio, se l'avvenimento esisteva nell'epoca della obbligazione, qualunque perdita o deterioramento, anche totale, che sopravvenga alla cosa senza il fatto del debitore, dopo l'obbligazione ed anche prima che l'esistenza dell'avvenimento fosse nota alle parti, andrebbe a carico del creditore.

3.° Se l'obbligazione risultasse da un legato e che il legatario venisse a morire prima di conoscere l'avvenimento, egli trasmetterebbe il suo dritto agli eredi. Avviene altrimenti, come l'abbiamo già veduto, se il legato fosse veramente condizionale, ed il legatario morto prima dell'adempimento della condizione.

(77) *Nei contratti.* Potrebbe essere altrimenti nelle disposizioni testamentarie, come l'abbiam veduto alla nota 245 dell'antecedente titolo Vol. V. p. 320. (Veggasi pure la nota 99 seguente.)

(78) *Nel caso in cui la cosa accaderà.* Esempio: *se la tal nave giunga dall' India.*

(79) *Nel caso in cui la cosa non accaderà.* Esempio: *se la nave non giunge dall' India.*

(80) *Dalla volontà di una delle parti contraenti. Quid*, se la condizione potestativa è di dare ad una persona incapace di ricevere da colui che ha imposta la condizione? Ciò non riguarda colui al quale la condizione è imposta. Egli dee sempre dare, salvo agli eredi di colui che impose la condizione di ripetere la somma, se vi ha luogo, da colui che l'ha ricevuta. (a)

Quid, se colui al quale deesi dare non vuol ricevere? La condizione si reputa adempita. (L. 3. ff. *de condit instit.*) Ma ciò che dà luogo a maraviglia si è che la legge 94 ff. *de condit. et demonstrat.* decide che il legato è nullo se la medesima persona fosse defunta.

(a) Pare Toullier esser di diverso parere, l. cit. n. 486. Una simile condizione, dic'egli, apposta in un contratto lo renderebbe nullo. L'art. 1172 † 1125 è troppo imperativo per ammettere un' eccezione ch'esso non ha fatta. Esamina poi la quistione se questa condizione dovesse riguardarsi come non scritta in un testamento e si pronuncia per la negativa. La somma che il legatario era incaricato di dare dovrebb' esser data agli eredi del testatore. Ma se questa condizione fosse imposta agli eredi sarebbe allora nulla.

Io crederei volentieri che la contradizione la quale sembra esistere tra queste due decisioni è stata distrutta dalla legge 1. *cod. de caduc. toll.*, la quale pronunzia che in mancanza della persona la quale dovea raccogliere il beneficio della condizione, questo beneficio dee appartenere a colui ch'era incaricato di dare. Dietro ciò, io penso che si debba distinguere: la decisione della legge 1. *de cad. toll.* dee aver luogo quando la condizione è apposta per testamento e che l'individuo era morto prima del testatore. Ma s'egli è morto posteriormente, allora il beneficio della condizione, a mio parere, si acquista da lui, ed essa debb'essere adempita in persona de' suoi eredi.

(81) *Che dipende puramente dal caso, ossia dall' azzardo*, o piuttosto è l'accidente che non dipende in verun modo dalla volontà di nessuna delle parti: giacchè si considera come casuale la condizione la quale dipende dalla volontà di un terzo; essa è veramente casuale riguardo alle parti.

(82) *E da quella di un terzo.* Esempio: *io vi darò* 10000 *franchi se voi sposate la tale persona.*

(83) *Od eziandio dall' azzardo.* Esempio: *io vi darò cento scudi se guadagnerete al lotto la maggior vincita.*

(84) *Fisicamente e moralmente possibile.* Per conoscere ciò che dobbiamo intendere per queste parole, si vegga la nota 4 dell'antecedente titolo Vol. V. p. 130. (a)

(85) *E rende senza effetto la convenzione che ne dipende.* Noi abbiamo precedentemente veduto che era altrimenti nelle disposizioni a titolo gratuito. (V. la nota 5 al tit. IV. del lib. III. vol. V. pag. 131.

(86) *Riguardasi come pura e semplice.* (L. 7. ff. *de verbor. obligat.*) Esempio: *io vi darò cento scudi se non vado a Lione a piedi in* 24 *ore.* I cento scudi sono dovuti immediatamente, poichè è certo che la condizione sarà adempita.

(87) *Ma se l'impossibilità fosse soltanto morale.* Tale sarebbe la promessa fatta ad un individuo perchè non commettesse un assassinio. *Quid*, se la causa che rende la condizione illecita non è perpetua e può cessare

---

(a) Il codice non spiegando affatto ciò che s'intende per condizione impossibile può risultarne de' dubbj nell'interpetrazione. Veggasi su di ciò Toullier, l. c. num. 482 e seguenti

un giorno ? Si dee supporre che le parti hanno avuto in idea il tempo in cui essa diverrebbe lecita. Il contrario sembra deciso nel dritto romano (L. 35 §. 1. ff. *de verbor. obligat.*). Ma si tratta in questa legge di una stipulazione che era un contratto di stretto dritto al quale il giudice nulla poteva aggiungere; certamente sarebbe stata altra cosa nei testamenti; ed altro sarebbe anche riguardo ai contratti nel nostro dritto che ha rigettato tutte le sottigliezze del dritto romano. (a)

(88) *Della volontà del debitore.* Esempio: *io vi pagherò cento scudi se vorrò.* L' obbligazione è nulla per mancanza di legame. Ma riflettete che questa disposizione non si applica che alla condizione sospensiva. La condizione risolutiva può dipendere da un atto puro e semplice della volontà di uno degli obbligati. Così in un affitto, può stipularsi che cesserà il tal giorno, se il locatore o il locatario lo giudica convenevole. La ragione della differenza risulta dal perchè quest' ultima condizione non ha effetto in quanto all' esistenza dell' obbligo, ma ne ha solo relativamente alla sua durata. Essa non impedisce dunque che l' obbligo abbia esistito; e perciò non può applicarsi a questo caso la ragione tratta dalla mancanza di legame.

Quid, se fosse detto: *io pagherò quando potrò.* L'obbligazione è valida; appartiene all' arbitrio del giudice il dire quando il debitore dovrà essere riputato in grado di pagare. (art. 1901 † 1773.) (b)

(89) *L' obbligazione è valida.* Tal è per esempio questa convenzione: *io vi prometto cento scudi se vado*

(a) Riflette TOULLIER su questa quistione, l. c. n. 484, che la stipula di una simile condizione ne contiene tacitamente l' altra *quando sarà essa lecita*, quando cioè si sarà ottenuto la dispensa della proibizione.

(b) I giureconsulti romani distinguevano l' obbligazione *si volueris* da quella *cum volueris.* Dichiaravano nulla la prima ma valida l' altra, ed obligatoria degli eredi se voi morite prima di averla adempita, l. 46, §. 2 e 3 ff. *de verb. obl.* In fatti queste parole nel loro proprio senso esprimono non una condizione, ma una dilazione indefinita che io posso abbreviare o allungare sino a che mi piacerà, ed anche sino al tempo della mia morte se lo giudico convenevole. POTHIER nel suo trattato delle Obbligazioni n. 47 dice, senz' assegnar alcuna ragione, che questa distinzione sottile non sarebbe presentemente ammessa; ma MALLEVILLE, sull'art. 1174, dubita con ragione che sia tal opinione fondata.

a Lione. Osservate che in questa convenzione vi sono realmente due obblighi: l' uno principale, l' altro accessorio, il di cui unico motivo è quello di assicurare l' esecuzione del primo. E non bisogna credere che nel proposto caso l' obbligo principale sia quello di pagare i cento scudi. L' obbligo principale è di non andare a Lione; e per assicurare l' esecuzione di questo obbligo, il debitore promette di pagare cento scudi se vi contravviene. È dunque come se avesse detto: *io m' impegno di non andare a Lione*; *se no*, *vi pagherò cento scudi.* Il primo obbligo è puro e semplice, e certamente valido; e siccome si ha da presumere che il creditore non ha richiesto tale promessa se non perchè aveva interesse acciò il debitore non si recasse in Lione, egli ha dritto di reclamare i danni ed interessi in caso di contravvenzione. Le parti banno dunque creduto dover anticipatamente determinare questi danni ed interessi con una clausola penale, vale a dire con una promessa di cento scudi la quale debbe, avvenendo il caso, essere egualmente eseguita.

(90) *Hanno verosimilmente inteso che si dovesse adempiere.* Così, vi è stato fatto un legato a condizione che sborserete una somma al tale. Questi è un minore: in vece di dar il danaro al suo tutore, voi lo date a lui stesso, ed egli lo dissipa. La condizione non è adempita: è verosimile che il testatore ha voluto che questa somma recasse profitto al minore.

(91) *Ne ha impedito l' adempimento.* Per esempio, ho promesso cento scudi ad un tale, perchè andasse a Lione. Egli si presenta per fare il viaggio. Io ho cambiato avviso, senz' alcun motivo che lo riguardi personalmente, e ricuso di dargli la commissione. Io debbo i cento scudi. Questa decisione dee applicarsi a tutti i casi ne' quali l' adempimento della condizione non esige che un solo atto dalla parte del creditore. Dal momento in cui si è presentato in tempo opportuno per farla, e che è stato ricusato dal debitore, egli ha acquistato interamente il suo dritto. Ma se l' adempimento della condizione esigesse più atti successivi, il beneficio dell' obbligazione non apparterrebbe al creditore che nella proporzione del numero delle volte ch' egli si è presentato per fare ciascuno degli atti prescritti. Esempio: ho promesso trenta franchi ad un operajo a giornata, a condi-

zione che lavorerebbe nelle mie terre dieci giorni di seguito. Egli si è presentato due giorni, ed io l'ho congedato: non gli dovrò che sei franchi; ed egli non potrà reclamare i 30 franchi se non quando si sarà presentato nel corso degli altri otto giorni. (L. 20, §. 1, ff. *de statu liberis*).

(92) *Prima che si verifichi totalmente la condizione.* Dietro questo principio appunto si decide: 1.° che la condizione *si nupserit* non è adempita che con un valido matrimonio. (L. 10 ff. *de condit. et demonstrat.*) *Quid* se il matrimonio quantunque nullo fosse stato contratto di buona fede dal legatario, talchè producesse in suo favore gli effetti civili? Io credo che in questo caso la condizione dee riputarsi adempita.

2. Che la condizione di render conto non è adempita se non quando il legatario ha pagato il residuo. (L. 32. ff. *de condit. et demonstr.*) Se però egli avesse pagato meno del residuo, ma per errore e senza frode, la condizione non pertanto dovrebbe esser riguardata come adempiuta. (L. *ead.*)

3. Che la condizione di dare una somma a due persone non dee considerarsi come adempita se non quando l'intera somma è stata rimessa alle due persone indicate, talchè anche dopo il pagamento della metà della somma all'una di esse, il legatario non può reclamare alcuna parte del legato. (L. 23 *eod.*)

Quid, se la stessa condizione è stata imposta a due persone nel tempo istesso? Bisogna distinguere se l'oggetto della condizione è divisibile o no. Nel primo caso, la legge 54 §. 1. *eod.*, decide che ciascuna delle due può adempire la condizione per la sua parte, e reclamare egualmente per la sua parte il beneficio dell'obbligazione; ma essa del pari decide che se la disposizione è suscettibile del dritto di accrescimento, la porzione di colui che ricusa di adempire la sua parte nella condizione, resterà insieme col peso all'altro legatario. Ma se l'oggetto della condizione è indivisibile; siccome allora la condizione non può eseguirsi parzialmente, bisogna che sia totalmente adempita affinchè il benefizio dell'obbligazione possa essere reclamato dall'una o dall'altra delle parti. (L. 112 *eod.*)

Un'obbligazione può contrarsi sotto più condizioni ad un tempo; ma bisogna allora distinguere se son esse

congiunte o disgiunte. Sono congiunte quando vanno riunite colla particella *e* o altra equivalente. Esempio: *io vi darò* 300 *franchi se la nave arriva e se è passata pel tale sito.* Può anche accadere che vi siano realmente due condizioni congiunte, quantunque non sembri esservene che una. Così questa condizione: *se la nave arriva in sei mesi*, rinchiude 1.° la condizione, *se la nave arriva*; e 2.° l'altra: *se arriva in sei mesi.* È lo stesso di questa condizione: *se arriva col tal carico.* Le condizioni sono disgiunte per l'opposto quando sono separate dalla particella *o.* Esempio: *se la tale* o *la tal nave arriverà.*

Evvi tra loro questa differenza, che quando sono congiunte, è d'uopo che siano tutte adempite perchè l'obbligazione esista. La mancanza di adempimento di una sola fra esse fa dunque svanire l'obbligazione. Se al contrario sono disgiunte, basta che una sola sia adempita perchè esista l'obbligazione.

Quid, se di due condizioni disgiunte imposte ad un legatario, ve n'ha una che debba essere riputata non iscritta? Io credo che il legato debba tenersi puro e semplice. (L. 8, §. 5, ff. *de condit. instit.*) Questa decisione è fondata sul riflesso che nelle condizioni disgiunte ciascuna delle due è riputata la condizione della cessione dell'altra. Così: immaginiamo un legato fatto sotto la condizione di eseguir la tal cosa che si suppone contraria alle leggi, ovvero di pagare 3000 franchi a Pietro; è come se il testatore avesse detto: io dono e lego ec. . . se egli paga 3000 franchi a Pietro; ma lo assolvo da quest'ultima condizione se fa la tal altra cosa. Ora quest'ultima condizione dovendo riputarsi adempita, ne dee risultare l'abbandono della prima. Dunque, di due o più condizioni disgiunte imposte ad un legatario, basta che ve ne sia una che debba essere riputata adempita, perchè il legato debba riguardarsi come puro e semplice. Ricard sembra essere di contrario sentimento, nel suo trattato *delle dispos. condiz.* n. 384; ma il di lui parere essendo poggiato su di una viziosa interpetrazione da lui data alla detta legge 8. §. 5. ff. *de condit. instit.*, io non credo che si debba adottare.

Le leggi romane decidevano:

1. Che la condizione la quale dipendeva dalla volontà del creditore e da quella di un terzo, si riputava

compita allorchè non era dipeso dal creditore che nol fosse e che il terzo vi si era ricusato. Se dunque un legato fosse stato fatto sotto la condizione che il legatario sposerebbe Giovanna, che questi siasi offerto a sposarla, e che Giovanna lo avesse ricusato, la legge 31, ff. *de condit. et demonstr.*, decideva che il legato era dovuto. Io penso che questa decisione era fondata sul favore che davano i Romani alle disposizioni testamentarie, e che non sarebbe ammessa fra noi. (Arresto del parlamento di Parigi del 14 agosto 1587 riportato da DE LA COMBE *verbo* DISPOSITIONS, sez. 2., n. 12). Essa è infatti contraria al principio dietro il quale ogni donazione fatta in favore del matrimonio è caduca se il matrimonio non segue. D' altronde questo è in certo modo distruggere la distinzione che dee necessariamente passare tra le condizioni miste e quelle che sono puramente potestative dalla parte del creditore. Nè osta l'aver noi detto di sopra che se la condizione è di dar cento a Tizio, il rifiuto di Tizio non rende caduco il legato; essendovi la differenza che in quest' ultima disposizione il testatore non ha realmente in idea che il fatto del legatario, *si dederit.* Basta dunque che il legatario abbia profferto di dare perchè la condizione sia adempita. Il rifiuto di Tizio, rifiuto che il testatore non ha dovuto prevedere, non può annullare la disposizione. Ma nella condizione: *si Moeviam uxorem duxerit*, il testatore sapeva benissimo che l' esecuzione erane subordinata al concorso di due volontà, quella di Tizio e quella di Mevia. Si presume dunque aver egli subordinato a questo concorso l' adempimento della sua disposizione. E d' altronde è molto possibile, anzi probabile, che il testatore non ha inteso donare che in contemplazione del matrimonio di Mevia. Poichè dunque il matrimonio non ha luogo, la disposizione è nulla (a).

(a) Per quanto sia ciò vero ne' contratti, pare che non debba così decidersi nell'adempimento delle condizioni potestative inscrite ne' testamenti, in cui la legge si è mostrata più indulgente, e dove gli atti sono suscettibili d' una più estesa interpetrazione. Imponendosi al legatario una condizione ch' egli può o no adempire, il testatore non ha avuto in mira che la di lui buona volontà, e non i casi fortuiti che potrebbero impedirgli l' adempimento. Il rifiuto di Mevia, la sua morte prima della sua pubertà, e anche dopo i preparativi delle nozze ma prima della ce-

2. Le stesse leggi sembrano decidere che nei legati la condizione potestativa per parte del creditore si riputava mancata, quantunque colui al quale era imposta fosse stato inabilitato ad adempirla da qualunque avvenimento di forza irresistibile. (L. 101, ff. *de condit. et demonstr.*) Ma come conciliare queste disposizioni con quelle della citata legge 31. ff. *eod.*, la quale dichiara valido il legato allorchè il terzo dalla di cui volontà dipende la condizione vi si è ricusato per la sua parte? Della legge 3. ff. *de condit. institut.* che dice egualmente la condizione di dare adempita quando colui al quale si dee dare ricusa di ricevere? Della legge 40 ff. *de condit. et demonstrat.* la quale decide che non bisogna computare nel termine della condizione i giorni durante i quali il legatario è stato impedito da un terzo? Finalmente perchè nel caso di un legato fatto a Stico ed a Panfila a condizione che si maritassero insieme, il legato fatto a Panfila era valido in dritto romano, se Stico era vivente e ricusava di sposarla? e perchè questo medesimo legato era nullo, se Stico fosse morto prima di averla sposata? Non vi era forse nei due casi impossibilità per Panfila? Io credo che nel nostro dritto bisognerebbe applicare alla condizione potestativa la disposizione degli articoli 900 ✝ 816 e 1172 ✝ 1125. Appena che sia riconosciuto che quegli a cui questa condizione è imposta non può adempirla a causa di un avvenimento di forza irresistibile, essa dee riputarsi impossibile ed in conseguenza riguardarsi come adempita, se trattasi di una disposizione a titolo gratuito; e come mancata, se di una disposizione a titolo oneroso. La ragione della diffe-

---

lebrazione del matrimonio non impedisce il riputarsi la condizione come adempiuta, perchè non è dipeso dal legatario di! adempirla. *Plerumque haec conditio si uxorem duxerit, si dederit, si fecerit, ita accipi oportet, quod per eum non stet quodminus ducat, det, aut faciat.* l. 23, *ff. de condit inst.* Veggasi Toullier, l. c. n. 611, il quale cita in appoggio di questa regola Pothier n. 213, e Furgole nel suo trattato *de' testamenti*, Cap. VII, sez. 2. n. 8, 81, 82, ed 84, dove si trova la risposta all' obiezione tratta dall' arresto del 1787 riferita da Louet. Avverte però lo stesso Toullier al n. 614, che bisogna eccettuar il caso in cui risultasse che questa condizione fosse la causa finale o determinante del legato, *si alias legaturus non fuisset*; ogni legato fatto in considerazione del matrimonio è caduco se questo non segue (art. 1088 ✝ 1043).

renza col caso previsto nel §. precedente si è, che subordinando l' esecuzione del disposto al concorso di due volontà, il testatore ha dovuto prevedere che questo concorso potrebbe non aver luogo: e nulla aggiungendo per questo caso, è presunto aver voluto che la sua disposizione fosse allora annullata: qui al contrario il testatore ha creduto imporre al suo legatario una condizione puramente potestativa; un avvenimento irresistibile, ch' egli non ha dovuto prevedere, ne rende, impossibile l' esecuzione. È naturale che questa ineseeuzione non pregiudichi al legatario e non gl' impedisca di raccogliere il beneficio della disposizione. Del rimanente queste distinzioni vanno subordinate ad una regola generale che non bisogna mai perdere di mira nell' interpetrare tutte le disposizioni testamentarie, cioè, che fa d' uopo consultare soprattutto l' intenzione del testatore.

3. Finalmente le stesse leggi distinguevano ancora le condizioni ch' esse chiamavano *promiscuae* e quelle che chiamavano *non promiscuae*. (L. 11, §. 1, ff. *de condit. et demonstrat.*) Le condizioni promiscue erano quelle che il legatario poteva soddisfare quando e tutte le volte che lo voleva, come, *si capitolium adscenderit*. Tutte le altre condizioni erano dette non promiscue. Eravi questa differenza essenziale fra esse, che bastava perchè la disposizione fosse valida che la condizione non promiscua fosse adempita in qualunque siasi epoca, anche prima della morte del disponente. Quanto a quella che dicevasi promiscua, questa condizione non poteva essere validamente adempita che dopo la morte; e bisognava inoltre che il legatario sapesse essergli quella imposta. (L. 2. ff. *de condit. et demonstrat.*) Dapoichè s' egli l' avesse adempita per caso, *non videtur*, dice la legge, *obtemperasse voluntati*. Il motivo di questa differenza si era che nelle condizioni non promiscue il testatore era considerato aver avuto unicamente in vista l' esecuzione di un fatto. Bastava dunque che questo fatto esistesse perchè la condizione fosse riputata adempita. Ma nelle condizioni promiscue, era il fatto particolare del legatario che si credeva aver il testatore voluto esigere. Egli avea voluto che il legatario facesse la tal cosa, per deferenza alla propria di lui volontà e per meritare la sua benevolenza. La sua volontà non era dunque adempita quando la cosa era stata fatta prima che si sapesse

ch' egli l' aveva prescritta. Questa dottrina mi pare assai conforme alla ragione, e per conseguenza affatto ammissibile nel nostro dritto.

Da questa distinzione risulta che la condizione promiscua non può essere adempita da chi non ha l' uso della ragione; giacchè non si può dire ch' egli ha avuta l' intenzione di obbedire al testatore; ma può essere adempita dal suo tutore; ammenochè non si tratti di un fatto puramente personale al legatario. Essa può essere egualmente adempita dal minore anche non assistito dal suo tutore, purchè sia in tale età che gli si possa supporre l' intenzione di conformarsi a quella del testatore, (L. 5 ff. *de condit et demonstrat.*); egli non ha bisogno dell' autorità del suo tutore per rendere migliore la sua condizione.

Ciò che qui abbiam detto della condizione non promiscua, cioè che può essere adempita in qualunque epoca, debb' essere limitato al caso in cui l' adempimento è posteriore al testamento; giacchè se esso gli è anteriore, e che sia presunto averne il testatore avuto conoscenza quando ha fatto il suo testamento, si dee supporre ch'egli ha inteso ch' essa avrebbe luogo una seconda volta. (L. 10 §. 1, L. 11, e 68 ff. *de condit. et demonstrat.*)

Del resto è sufficiente che la condizione non promiscua sia adempita, quand' anche il suo effetto venisse a cessare immediatamente, e durante la vita del testatore. (L. 7., *cod. de instit. et substit.*) Apparteneva al testatore rivocare la sua disposizione se lo credeva opportuno. Se però per la propria natura la condizione richiedesse *tractum temporis*, vale a dire se esigesse un effetto continuo, allora non è dubbio che la revoca o l'interruzione di questo medesimo effetto annulla la disposizione; come, se è stato fatto un legato dal padre ad una persona a condizione ch' essa resterà co' suoi figli sino alla loro maggior età, la disposizione è annullata pel fatto dell' allontanamento. Ma se essa non se ne allontana che dopo un certo tempo, non potrà reclamare una parte proporzionata al tempo in cui è rimasta? RICARD, *delle disposizioni condizionali*, n.° 449 e seguenti, fa su tal proposito una distinzione che sembra ragionevole. Se il legato è di una somma una volta pagata, *cum unum legatum sit et semel tantum cedat*, esso è annullato pel fatto della cessazione dell' azione prima del tempo deter-

minato, e nessun fatto può farlo rivivere. Ma se il legato è annullato, *cum tot sint legata quot anni et unumquodque legatum initio cujusque anni cedat*, il legatario guadagna i legati degli anni durante i quali egli ha adempita la condizione. Questa decisione può essere poggiata sulla legge 30 §. 5, ff. *de legat.* 3.

(93) *Senza che sia accaduto l'evento.* Esempio: *io pagherò* 100, *se la nave arriva dall'Indie in sei mesi.* Allorchè i sei mesi sono trascorsi, senza che la nave sia giunta, l'obbligazione è annullata *ipso jure*, e senza che sia necessario farla annullare dal giudice.

(94) *Se non quando siasi certo che l'evento non accaderà.* Esempio: *io pagherò* 100 *se la nave arriva.* Io non sarò liberato che quando si avranno delle notizie sicure della perdita della nave; ma altresì insino a tanto che essa non sia giunta, non si avrà il dritto di esigere da me l'adempimento dell'obbligo.

Nondimeno riguardo a questa specie di condizione, si distinguevano quelle che dipendevano dalla volontà del creditore ed all'esecuzione delle quali il debitore poteva avere qualche interesse; come *io vi darò* 100, *se abbatterete quel tale albero che incomoda la mia veduta.* Si credeva che quantunque non vi fosse termine stabilito, mancando voi di far tagliare l'albero, io poteva tradurvi in giudizio per far decidere che in un tale tempo da determinarsi voi sareste tenuto a far gittare a terra l'albero; altrimenti io sarei autorizzato a farlo a vostre spese. Questa decisione sarebbe certamente ammessa nel nostro dritto. (Argom. tratto dall' artic. 1144 ✝ 1098.) Nel fatto è come se fosse detto che, mediante la somma di 100 da pagarsi da me, voi v'impegnate a far recidere il tale albero. È dunque realmente un'obbligazione di fare che rientra nel caso preveduto dal detto articolo.

Si è criticata questa decisione pretendendosi che nel cennato caso l'obbligazione sia veramente condizionale e che, siccome le parti non hanno stipulato alcun termine per l'adempimento della condizione, i tribunali non avrebbero il dritto d'intervenire, e che per conseguenza il proprietario dell'albero riteneva la facoltà di abbatterlo quando lo credesse opportuno. Ma sembrami che si possa argomentare contro di questa opposizione 1. dall' art. 1175 ✝ 1125 ove è scritto che qualunque condizione

vuol essere adempita nel modo che le parti hanno verisimilmente voluto ed inteso ch' essa lo fosse. Or certamente non si può credere che le parti abbiano inteso sospendere indefinitamente l' effetto della loro convenzione; 2. dall' art. 1157 + 1110, il quale dice che la convenzione debb' essere intesa nel senso che le dà un effetto anzichè in quello che non le ne dà alcuno. Ora, dietro l'opinione sopraddetta, la convenzione potrebbe essere riguardata come non avendo effetto, poichè l' effetto potrebbe esserne sospeso in perpetuo, la natura del fatto di cui si tratta essendo tale che può essere eseguito indefinitamente dagli eredi del creditore; 3. finalmente dall' art. 1900 + 1772, il quale porta che se in un prestito di consumo, non è stato apposto alcun termine per la restituzione, appartiene al giudice il determinare dietro le circostanze la dilazione che debb' essere conceduta a colui che ha preso ad imprestito. È dunque permesso ai tribunali d' intervenire nelle convenzioni ad oggetto di supplirvi nei casi non preveduti dalle parti. (a)

(95) *Senza che sia successo l' avvenimento.* Esempio: *io prometto* 100 *se la nave non giugne di qui a sei mesi*: i cento sono dovuti e possono essere esatti allo spirar de' sei mesi quando la nave non è ancora giunta, ancorchè giungesse l' indomani. Ma basta che arrivi nel

---

(a) Toullier in effetto criticò questa decisione nella sua opera, l. cit. n. 623 e seguenti, come quella assunta da Pothier nel suo trattato delle *Obbligazioni* n. 211, e profondamente discusse tal quistione colla scorta di Papiniano nella l. 115 §. 2, ff. de V. O., e concluse che non poteva farsi dal giudice stabilire un termine fatale per l' adempimento di tal condizione, qualunque interesse che possa avere il creditore condizionale perchè il debitore si spieghi, per quanto facile fosse l' adempimento della condizione.

Nella 3. edizione di questa sua opera egli aggiunge al n. 624 una nota nella quale rapporta il sentimento del nostro autore, e 'l suo argomento tratto dall' art. 1144; ma riflette che quest' articolo parla dell' obbligazione pura e semplice, non di quella sospesa da una condizione, ed aggiunge che il sig. Delvincourt pone nel fatto precisamente quel ch' era in quistione, vale a dire: se l' obbligazione sia o no condizionale, quando io ho promesso di darvi tanto se voi abbattete tal albero.

È vero che il nostro autore altre ragioni in quest' ultima edizione ha aggiunte a questo suo sentimento, ma son esse tali da distruggere la distinzione fatta da Papiniano, e le ragioni addotte da Toullier? Lo veggano i nostri lettori.

giorno medesimo della fine de' sei mesi perchè l'obbligazione sia annichilata, a cagion della regola, *dies termini non computatur in termino.* (L. 42, ff. *de verbor. obligat.*)

(96) *Sia certo che non sarà per succedere l' avvenimento.* Esempio: *io pagherò cento se di qui a sei mesi non approda la nave.* Se in capo a tre mesi si hanno notizie certe del naufragio, l' esecuzione della promessa può essere richiesta. Tal era benanche la decisione delle leggi romane. (L. 10 ff. *de verbor. obligat.*) Ma se fosse detto: *io vi pagherò cento entro sei mesi se non è giunta la nave*, allora ancorchè dopo due mesi fossero pervenute indubitate nuove del naufragio, il pagamento non potrebbe ad ogni modo esser domandato che in capo a sei mesi (L. 8. *eod.*). La ragione della differenza si è che nel primo caso il termine è apposto alla condizione, e che nel secondo è apposto al pagamento.

(97) *Che quando sia certo che l' avvenimento non sarà per succedere.* Esempio: *io prometto cento se la nave non viene. Stricto jure*, i cento non potrebbero esigersi che quando si avessero notizie sicure del naufragio. Nondimeno parmi che con una simile condizione si potrebbe ammettere la modificazione ricevuta dalle leggi marittime nel caso dell' assicurazione, che per altro è un contratto di strettissimo dritto; essa consiste nel supporre il naufragio allorchè sia trascorso un certo tempo dopo le ultime notizie della nave. Questo tempo è stabilito dall' art. 375 † 367 del codice di commercio esser di un anno pei viaggi ordinarii, e due per quelli di lungo corso. Dopo questo termine, la condizione dovrebbe riputarsi adempita ed il pagamento richiedersi, salvo a restituirlo in caso di ritorno impreveduto della nave.

Applicate qui ciò ch' è stato detto nella nota 94 riguardo al caso in cui si trattasse di una condizione di non fare che dipendesse dalla volontà del debitore ed all' esecuzione della quale il creditore avesse interesse, come: *voi mi darete cento se non abbattete il tale albero.*

(98) *L' obbligo non esiste realmente.* L' artic. 1181 † 1134 dice che in questo caso l' obbligazione non può eseguirsi che dopo l' avvenimento. Questa redazione è insufficiente, poichè non istabilisce veruna differenza tra l' obbligazione a termine che esiste *ab initio* e che non può essere eseguita se non dopo la scadenza del

termine, e l'obbligazione condizionale che non solo non può essere eseguita, ma non esiste neppure in alcun modo prima dell' evento della condizione. (a)

(99) *Trasmette ai suoi eredi*, a differenza delle disposizioni testamentarie che divengono caduche se il legatario muore prima dell' adempimento della condizione. La ragione della differenza proviene dal presumersi il legato sempre fatto a contemplazione del legatario solo, e non de' suoi eredi. Ora come nel legato condizionale l'obbligo di trasmettere il legato non comincia a nascere che dal momento in cui la condizione è adempita, ne risulta che se il legatario è morto prima, non si trova più alcuno capace di raccogliere il beneficio dell' obbligazione nel momento in cui esso comincia ad esistere. Lo stesso motivo non può applicarsi alle convenzioni nelle quali si è riputato stipular per se e per li suoi eredi.

È conseguenza di questo principio che la cauzione Mnciana non ha luogo nelle convenzioni fatte sotto una condizione negativa. Non si può loro applicare il medesimo motivo che alle disposizioni testamentarie. (V. la nota 245 all' antecedente titolo (vol. V. pag. 320.) Per la stessa ragione quel che in dritto romano chiamasi *dies incertus*, vale a dire un avvenimento che dee certamente accadere ma ad epoca incerta, fa condizione nei testamenti, come l'abbiamo osservato; ma non si riguarda che come un termine nelle convenzioni. D'altra parte, il termine può talvolta indurre condizione, se per esempio, una donazione è stata fatta al tale allorchè si mariterà; questa è allora una donazione fatta in favore del matrimonio, e tali specie di donazioni son nulle quando il matrimonio non segue.

Ma se la condizione è potestativa, può essa eseguirsi dagli eredi del creditore? Bisogna distinguere se la condizione consiste in dare può essere adempita dagli eredi. Il debitore non ha nè può avere interesse contrario. Ma se consiste in fare, è d'uopo nuovamente distinguere, se il debitore ha interesse che la condizione sia adempita dal creditore, come allor-

(a) Toullier dice egualmente che l' espressione di quest' articolo sia inesatta ed insufficiente, l. c. alla nota del num. 475, e vi cita il nostro autore. Egli aggiunge che per rendere esatta la redazione dell' articolo 1181 bisogna dire » nel primo caso l' obbligazione non *esiste* che dopo l' avvenimento. »

chè è quistione di un fatto personale a quest' ultimo, egli può ricusar l'adempimento per parte degli eredi. *Secus* nel caso contrario.

(100) *Tutti gli atti conservatorj necessarii.* Egli può dunque prendere delle iscrizioni ipotecarie le quali, se la condizione si adempie, danno rango all' ipoteca dal giorno in cui esse furono prese, come di qui a poco il vedremo; e ciò quand' anche la condizione non esisterebbe che lungo tempo dopo.

(101) *Potrebbe essere ripetuto.* Mentre poichè l' obbligazione non esiste ancora, si è realmente pagato ciò che non era dovuto.

(102) *Non esservi stata mai convenzione.* L' effetto dell' adempimento della condizione è di far nascere l' obbligo. Ora perchè vi sia obbligo, bisogna che vi sia un oggetto cui possa applicarsi. Dunque l' obbligo non può nascere se ciò che doveva esserne l'oggetto più non esiste.

L' art. 1182 ✝ 1135 dice che in questo caso l' obbligo è estinto. Questa redazione non è esatta: massime paragonata con quella dell' articolo 1302 ✝ 1256. È scritto parimenti in quest' ultimo articolo che se il corpo certo che faceva il soggetto dell' obbligazione viene a perire senza colpa del debitore, l'obbligazione si estingue; il che bisogna intendere nel senso che rimane estinto l' obbligo di consegnar la cosa, ma la convenzione sussiste in tutte le altre sue parti. Se dunque vi ho venduto un cavallo per 300 franchi e che prima ch' io sia in mora di consegnarvelo esso venga a perire senza veruna colpa dalla mia parte, io sono sciolto dall' obbligazione di consegnarvelo, ma voi nol siete da quella di pagarmi i 300 franchi. Questo è il caso ed il senso dell' art. 1302.

Ma se vi ho venduto lo stesso cavallo per lo stesso prezzo con una condizione sospensiva, e ch' esso perisca prima dell' evento della condizione, è come se non vi fosse stata vendita; e quindi non solamente io sono sciolto dall' obbligo di consegnarvi il cavallo, ma voi lo siete egualmente da quello di pagarmi i 300 franchi. È il caso dall' art. 1182. Ora una differenza così essenziale esigeva una redazione diversa, ed è perciò che io ho creduto dover adottare questa, *la convenzione, si presume non esser mai esistita.*

(103) *O di sciogliere l' obbligazione.* La legge ro-

mana decideva come il codice, che se la cosa fosse perita interamente prima dell' evento della condizione, la convenzione era sciolta, poichè non aveva più oggetto; ma che quando la cosa era solamente deteriorata, il tutto senza colpa del debitore, l' obbligazione sussisteva, e la perdita era pel creditore. (L. 8 ff. *de peric. et comm. rei venditae.*) A me sembra che ciò era più conforme ai principii; giacchè una cosa quantunque deteriorata può esser l' oggetto di una obbligazione. Ora se l' obbligazione esiste, essa ha da avere il suo effetto, e non debb' essere in arbitrio di una delle parti il modificarla o risolverla. Probabilmente il motivo del redattore del codice è stato che poichè la perdita intera sopravvenuta prima dell' evento della condizione era imputata al debitore, del pari la deteriorazione parziale doveva andare a suo rischio. Ma è difficile appoggiare questa decisione a qualche principio di dritto.

Quid, se la cosa è perita per colpa del debitore? Egli dee pagarne il valore, ed inoltre, se vi ha luogo, i danni ed interessi. (Art. 1157 † 1101.)

(104) *Il dritto di domandare i danni ed interessi*, i quali debbono essere stimati secondo il valore che avea la cosa nel momento della deteriorazione sopravvenuta.

(105) *Sotto certi rapporti*, solamente. Poichè se la condizione una volta adempita desse per tutt' i punti un effetto retroattivo alla obbligazione, ne seguirebbe che la perdità della cosa sopravvenuta prima dell' evento della condizione dovrebbe andare a conto del creditore, se la condizione venisse ad adempirsi in appresso; il che non è.

(106) *Un effetto retroattivo.* Quindi tutti i pesi imposti sull' oggetto promesso sotto condizione, tutte le alienazioni che potrebbero esserne state fatte nell' intervallo di tempo trascorso dal contratto all' evento della condizione, svaniscono se alla condizione si adempie. Si è preteso che questa disposizione non era applicabile qualora la condizione fosse di un fatto dipendente dalla volontà del debitore, attesochè, diceasi, il debitore non può con un fatto posteriore dipendente dalla sua volontà pregiudicare ai dritti che ha trasferito egli stesso nella cosa che fa il soggetto della obbligazione. Questo parere ci sembra erroneo, poichè per aver riguardo all' interesse dei terzi i quali hanno ad imputarsi di aver trattato di una cosa già impegnata sotto condizione, distrugge inte-

ramente il dritto risultante dalla convenzione in favore dell' altra parte. In effetti quando io ho convenuto con voi per un oggetto qualunque a patto che voi fareste o non fareste là tal cosa, si ha da presumere aver io interesse che voi facciate o non facciate la cosa di cui si tratta, e che io ho voluto provvedere a questo mio interesse per mezzo di una specie di clausola penale. Sia in effetti questa convenzione: *voi mi darete la vostra casa se andrete a Parigi di qui ad un anno.* È come se fosse stipulato così: *voi promettete di non andare a Parigi di qui ad un anno, se no, mi darete la vostra casa.* La vera obbligazione, come l'abbiam detto alla nota 89, è di non andare a Parigi durante un anno. La seconda convenzione, quella di dar la casa, rinchiude una obbligazione secondaria ed accessoria, ed il cui unico scopo è di assicurare l' adempimento della prima. Ora è manifesto che se nel caso nostro si desse al debitore la facoltà di alienare irrevocabilmente la sua casa, sarebbe lo stesso che dargli con ciò solo il dritto di annientare col suo fatto la propria obbligazione, conculcando il principio, *nemo potest proprio facto se ab obbligatione liberare.* Conchiudiamo dunque che il principio dell' effetto retroattivo si applica a tutte le obbligazioni contratte sotto una condizione sospensiva, qualunque sia la natura della condizione. Nè osta la legge 9, §. 1, ff. *qui potiores* la quale riguarda il caso in cui dipende dal debitore essere obbligato o no, come nel §. 1 della legge 1 *eod.*, ma non il caso in cui la condizione è di un fatto, all' adempimento o non adempimento del quale il creditore può aver interesse.

(107) *Come se l' obbligazione non avesse mai esistita.* Osservate che la rivocazione ha luogo in questo caso anche riguardo ai terzi, e che in conseguenza tutte le alienazioni degli oggetti sottoposti alla condizione risolutiva, e tutti i pesi imposti sui medesimi, come servitù, ipoteche, sono egualmente risoluti.

Ma *quid* se la condizione risolutiva è potestativa per parte di colui che possiede l' oggetto? Bisogna distinguere: se la condizione è di un fatto che dipende dalla volontà del possessore, la revoca debbe aver luogo anche in pregiudizio del terzo; e ciò per le ragioni dedotte nella nota precedente. Ma se essa dipende da un atto puro e semplice della volontà di questo medesimo posses-

sore, come *res inempta erit*, *si intra annum displicuit*, poichè in questo caso la condizione risolutiva è stipulata unicamente nell' interesse del possessore, non essendovi ch' egli solo il quale possa invocarla, io non credo ch' ei possa farlo in pregiudizio dei terzi coi quali ha stipulato particolari convenzioni relativamente alla cosa sottoposta alla condizione.

(108) *E che prescrive nell' intervallo.* Vale a dire che il tempo durante il quale egli possiede fino all' evento della condizione si computa per la prescrizione, sia a di lui favore sia a favore di colui al quale la cosa potrebbe rivenire per effetto della condizione a favore. Se, per esempio, io ho comprato sotto una condizione risolutiva una cosa da chi non n' era proprietario, ma che avea cominciato a prescrivere, e che la prescrizione siasi compita durante l' intervallo trascorso dalla vendita all' evento della condizione, io son divenuto proprietario, e se la condizione risolutiva viene ad adempirsi, la proprietà passa irrevocabilmente al mio venditore.

Ma *quid*, se il venditore o l' acquirente non potevano prevalersi dello stesso genere di prescrizione, come se l' uno era di mala fede ed aveva perciò bisogno della prescrizione di trenta anni, mentre l' altro il quale era di buona fede non avea bisogno che di quella di dieci, o venti anni? Bisogna distinguere: se la condizione non si adempie, siccome allora l' acquirente rimane proprietario irrevocabile, e che si presume esserlo stato dal momento della vendita, gli si applicherà ciò che diremo al titolo *della prescrizione*, pel caso del successore a titolo singolare. Se la condizione si adempie, fa d' uopo allora applicare il principio consacrato nell' art. 1183 † 1136, cioè che la convenzione si reputa non aver mai esistito, e che per conseguenza il venditore debb' esser riguardato come non avendo mai cessato di essere il possessore. Gli si applicheranno dunque le regole della prescrizione relativa al suo genere di possesso, alla sua buona o cattiva fede, ec.

(109) *Come nel patto commissorio.* Il patto commissorio è quello col quale il venditore stipula che mancando l' acquirente di pagare al termine convenuto, la vendita sarà risoluta.

(110) *La vendita con facoltà di ricompra.* (V. cir

ca questa clausola e circa il patto commissorio il titolo *della vendita.*)

(111) *Non soddisfaccia alle sue obbligazioni.* Se però la mancanza di adempimento provenisse dalla perdita della cosa che debb' essere consegnata, perdita sopravvenuta senza alcuna colpa dalla parte di colui che la dee, allora non solo questi non sarà tenuto ai danni ed interessi, ma potrà anzi forzare l'altra parte ad eseguire la convenzione dal suo lato. (Art. 1302 † 1256.)

(112) *Il contratto è sciolto di pieno dritto.* Anche riguardo alle terze persone, e sia che si tratti di condizione casuale o potestativa, e quand' anche in quest' ultimo caso il possessore potesse provare che gli fu impossibile di eseguire la condizione. Apparteneva a lui di non imporsi un obbligo cui non era egli in istato di soddisfare. Se però l' impossibilità risultasse da un fatto che non si poteva prevedere, il giudice potrebbe con cognizione di causa accordare una dilazione per adempirsi la condizione, e sospendere sino a quel punto la risoluzione dell' obbligo. Così la condizione di consegnare 100 botti di vino alla tal epoca è mancata per la non consegna nel tempo determinato, ancorchè questa non consegna risultasse da un alluvione che avesse impedito ai battelli di arrivare. L' altra parte ha potuto credere che il vino era a disposizione di quello che si obbligava a consegnarlo, o che avesse egli mezzi sicuri onde procurarselo nel tempo prescritto. Ma se la condizione è per es. di andare a Lione a tal epoca, e che una malattia si oppone al viaggio, siccome la condizione di andare in un luogo determinato suppone la facoltà fisica di fare il viaggio, è certo che in questo caso la dilazione potrà essere accordata dal giudice. Inoltre nelle vendite d' immobili, allorchè la condizione risolutiva, quantunque espressa, è, pel caso dell' inadempimento dei patti, il contratto non è risoluto se non dopo che la parte la quale non ha adempito è stata messa in mora in seguito di una citazione: ma non v' è bisogno di sentenza (Art. 1656 † 1502). Anzi fuori di questo caso, si giudica comunemente, come sembra, che la condizione, anche espressa, di risoluzione pel caso d' inadempimento de' patti, non risolve l' obbligazione di pieno dritto, e che il giudice può secondo le circostanze accordare una dilazione. Così fu giudicato in Colmar il 6 di-

cembre 1813 per un affitto contrattato con una simile clausola. (Sirey , 1815, 2.a parte, pag. 127.) Per altro non si può dissimulare che una tale giurisprudenza sia contraria allo spirito generale del codice il quale non riconosce più, come altre volte, clausole comminatorie (a).

(a) Questa quistione merita di esser meglio discussa. La legge non ammette nei contratti una sola scusa per la mancanza alla condizione del termine quella dell' art. 1178 † 1131, quando cioè il debitore obbligato sotto la stessa sia quegli che ne abbia impedito l' esecuzione. Niun' altra causa può scusare; nè il caso fortuito, nè una forza irresistibile. Essi debbon supporsi calcolati nel contratto. E questo termine è fatale tanto riguardo alle condizioni positive che a quelle negative. Ciò non ostante una falsa politica distruttiva del credito e della confidenza avea introdotto su diversi pretesti l'uso abusivo di accordare dilazioni ai debitori contra la fede degli atti. Il codice ha accordata questa facoltà al potere giudiziario nell' art. 1244 † 1197, e senza voler sostenere con Toullier che questa disposizione che sembra dettata dall' umanità indulgeote, non è meno impolitica, poichè distrugge il credito e la confidenza, fomenta i cavilli, apre largo campo all'arbitrio, e finisce sovente per ruinare lo stesso debitore, ci basta l'avvertire 1. Che i giudici non possono accordar dilazioni se non per l'esecuzione delle condanne che pronunciano, come spiegò il codice di procedura rettificando la redazione dell'art. 1244 del codice civile coll' art. 122 † 216, che » quando i tribunali possono concedere una dilazione all' esecu» zione delle loro sentenze dovranno farlo nella sentenza mede» sima con cui pronunzieranno sul merito principale della causa, » ed esprimeranno in essa i motivi della dilazione accordata. »; 2. Che l' accordarlo è loro vietato nel caso di una contraria stipulazione che forma la legge del contratto giusta che fu risoluto nel consiglio di stato di Fraocia allorchè fu redatto quest' articolo, come l' osserva il sig. Malleville. 3. Che molto meno lo possano pel pagamento de' crediti nascenti da atti pubblici autentici che importono parata esecuzione come l' han giudicato due decisioni pronunciate l' una dalla corte di Pau nel 26 novembre 1807, riferita nella *Biblioteque du Barreau* an. 1810 2. parte pag. 277, e l'altra dalla corte di Bruxelles, nel 18 giugno 1812, riferita da Sirey, an. 1813, 2. parte, pag. 232; salvo il caso preveduto nell'art. 2212 † 2118, 4. che non possono accordare una seconda dilazione in materia ordinaria, nè alcuna in materia commerciale come si rileva dall' *esposizione dei motivi del codice*, e come venne giudicato dalla corte di Colmar colle decisioni del 24 gennajo 1806, e 12 frim. an. XIV, riferite nella *Giurisprudenza del codice* tom. V. pag. 277, e tom. VI. pag. 237.

Il sig. Carrè nella sua eccellente opera *sul codice di procedura* sull' art. 124, quistione 411, sostiene che malgrado una stipula contraria può il giudice accordare una dilazione al debitore. Egli non saprebbe credere che sia stato *nel pensiero del legislatore* di ammettere in questo caso un' eccezione alla facoltà

Nel caso in cui è generalmente riconosciuto che la risoluzione debba aver luogo di pieno dritto, le parti potranno esse dopo l'evento della condizione rinunziare al beneficio della clausola e convenire che il contratto avrà luogo non ostante la risoluzione? Sì, senza dubbio; ma allora è meno una rinunzia che una nuova convenzione la quale non avrebbe effetto che dal giorno in cui fosse stata formata, e non potrebbe pregiudicare al dritto de' terzi. Così io vi vendo una casa col patto che la vendita sarà risoluta ove il tale avvenimento abbia luogo. Il caso preveduto accadendo, noi possiamo certamente convenire che la risoluzione non avrà luogo e che la vendita sarà eseguita come se la clausola non esistesse. Ma il primo contratto essendo stato risoluto di pieno dritto, e la proprietà della casa essendo per conseguenza ritornata nella persona del venditore, la seconda convenzione sarà riguardata come una seconda vendita. Se dunque l'acquirente avesse dato col primo contratto un mallevadore per sicurezza del pagamento, il mallevadore sarebbe esonerato; se vi fossero ipoteche generali su beni presenti e futuri del venditore, la casa se ne troverebbe colpita e non potrebbe rientrare in mano dell'acquirente che gravata delle dette ipoteche, ec.

---

data ai giudici coll' articolo 1244. Ma questo pensiero venne manifestamente espresso nel consiglio di stato, e fu scritto nel processo verbale delle conferenze, e nell'*analisi* del sig. Malleville. Egli è vero che la stipula di non potersi accordar dilazione può diventar come dicesi una formola. Ma dove sarebbe il male? Alcuni uomini illuminati, dice Toullier, ma sedotti da una equità immaginaria, e vittime del loro buon cuore pensano che la facoltà di accordar dilazioni agl' infelici debitori riguarda l' interesse pubblico al quale non si può rinunciare: ma essi s' ingannano: questa facoltà non è fondata che sull' interesse particolare, come lo dice lo stesso art. 1244, *avendo riguardo alla situazione del debitore*. Quel che tiene fortemente all' interesse pubblico è il *credito*, è la confidenza nella fede degli atti, ai quali le sospensioni portano un attacco mortale, come si osservò molto bene nel citato consiglio di stato.

É vero pure che la corte di Aix giudicò diversamente dalle due altre corti da noi indicate colla decisione del 17 decembre 1813, Sirey, 1814, pag. 257. Ma come seguir questa decisione contraria ai principii? Come non vedervi l' eccesso dell' arbitrio? *Optima lex* diceva il gran Bacone *quae minimum relinquit arbitrio judicis, optimus judex qui minimum sibi*. Vedi Toullier su questa quistione nel luogo citato ai num. 656, 657, 658, 659, e 660.

Sarebbe lo stesso ove la seconda convenzione fosse stata fatta prima dell' evento della condizione? Per quel che riguarda il mallevadore, non è dubbia l'affermativa. Egli non ha guarentito che il primo contratto il quale era condizionale. Le parti non han potuto cambiare la di lui condizione con una convenzione che gli è straniera. Quanto alle ipoteche; bisogna osservare che se una proprietà è stata trasferita sotto una condizione risolutiva, come *ut res inempta esset*, *si navis ex Asia venisset*; si può dire che la stessa condizione la quale è risolutiva per l' acquirente è sospensiva pel venditore. In effetti è come se fosse stato detto: il venditore ridiventerà proprietario *si navis ex Asia venerit*. La casa è dunque condizionalmente ne' suoi beni. Dunque le ipoteche generali che han potuto colpirli anteriormente alla seconda convenzione, hanno colpito del pari la detta casa sotto la condizione *si navis* ec. La nuova convenzione fatta tra il venditore e l' acquirente non ha potuto cambiare la condizione del creditore. Dunque se questa condizione si verifica, la casa trovasi irrevocabilmente colpita dall' ipoteca, nè può passare che con questo peso in potere dell' acquirente.

(113) *È pronunziata in giudizio.* Adunque fino alla sentenza il debitore può pagare ed impedire la risoluzione. Conviene però eccettuare il caso di una vendita di derrate o altri effetti mobili, la di cui risoluzione ha luogo di pieno dritto e senza intimazione in profitto del venditore, spirato appena il termine convenuto per ritirarle. (Art. 1657 † 1503).

(114) *Ciascuna delle due parti ha il dritto di reclamare l' effetto.* Bisogna eccettuare egualmente il caso in cui la condizione risolutiva, quantunque espressa, ha per oggetto l' inadempimento de' patti. È massima in effetti che colui il quale manca all' adempimento di una condizione non può della sua infedeltà prevalersi come di un titolo per escludere la risoluzione del contratto.

(115) *Il termine del tempo necessario per adempirla.* Se vi ho promesso di far pagare la tal somma in Lione al vostro corrispondente, bisogna bene che io abbia il tempo di spedire in Lione l' ordine del pagamento.

(116) *Sulla domanda del debitore.* Si chiamavano altresì *giorni di grazia* quel certo numero di giorni che era in uso accordarsi pel pagamento degli effetti com-

mercìali. Questo numero variava secondo la natura degli oggetti ne' quali il valore degli oggetti era stato fornito. L'uso di siffatti giorni di grazia è stato abrogato dall' art. 135† 134 del codice di commercio.

(117) *Ne ritarda soltanto l' esecuzione.* In questo senso appunto si ha da intendere il proverbio legale: *chi ha termine nulla dee*, vale a dire non può esser costretto al pagamento.

(118) *Prima della scadenza del termine*: osservando che, come l' abbiamo detto, *dies termini non computatur in termino.* Perciò, quantunque sia permesso presentarsi il giorno stesso della scadenza per domandare il pagamento di un effetto commerciale, pure la protesta non può farsi che l' indomani, mentre il debitore ha tutta la giornata della scadenza per pagare (*Cod. di comm.* 161 † 160 e 162 † 161.)

Del pari allorchè il giorno della scadenza non è stabilito in modo preciso, ma soltanto con l' indicazione di un intervallo di tempo determinato da computarsi dal tale giorno, per es., *di qui ad un mese*, ovvero *dentro un mese da computarsi da questo giorno*, si ha da contare da oggi, o bisogna cominciare a contar da domani? L' uso si è introdotto di non computare il *dies a quo*. Se dunque al 1. luglio si è detto: *fra dieci giorni computando da oggi*, la dilazione spira il giorno 11; e non potrà quindi procedersi per l' esecuzione che il 12 (a).

(119) *Non può ripetersi ciò ch' è stato anticipatamente pagato*; e l' obbligo è estinto. Questa regola va però soggetta a molte eccezioni.

1. In caso di fallimento tutte le somme pagate dal fallito per debiti commerciali iscaduti nei dieci giorni che precedono l' apertura del fallimento, debbono essere restituite. (*Cod. di comm.* art. 446 † 421.) Questa disposizione è fondata principalmente sul riflesso che i commercianti non pagano d' ordinario prima della scadenza. Peraltro ve n' ha che son soliti a scontare i pro-

(a) Merlin pensa egualmente ma per altra ragione. Egli riguarda come sinonime parole *contare da tal giorno*, e *a contare dopo tal giorno*. Pertanto nelle *Questioni di diritto* alla parola *Triage* dice che si possa dare in certe leggi alla preposizione *dopo* un senso *inclusivo*. Ma questo sarebbe dice Toullier (l. c. n. 584 nella nota) mettere nelle mani de' giudici una regola di piombo ch' essi possono far piegare a norma de' loro capricci.

prii effetti; ma non son essi quelli che si trovano alla vigilia di far bancarotta. D' altronde indipendentemente da qualunque presunzione di frode, non si è voluto che un negoziante potesse in un tempo così vicino al suo fallimento vantaggiare con prematuri pagamenti alcuni de' suoi creditori in pregiudizio degli altri.

Quid in caso di pagamento anticipato di un debito non commerciale? Il detto codice non si è spiegato su tal proposito; ma siccome l' art. 447 † 439 dice in generale che qualunque pagamento fatto in frode de' creditori è nullo, io credo che queste diverse disposizioni vadano così interpetrate: se il debito pagato ne' dieci giorni prima della scadenza è commerciale, il pagamento è nullo *ipso jure*; se non è commerciale, apparterrà al giudice l' esaminare se vi ha frode, la quale del resto debbe in questo caso presumersi facilissimamente.

2. Se un legato fosse stato fatto ad un minore per esser pagato nella sua maggior età, se l' erede l' abbia pagato prima del termine, anche al suo tutore, e che quegli lo avesse dissipato e sia insolvibile, il legato dovrà pagarsi per la seconda volta (l. 15 ff. *de annuis legatis*). Si presume in questo caso che il testatore non differì il pagamento se non per impedire che la cosa, o la somma fosse perduta o dissipata.

(120) *O divenga decotto*. *Quid* se si tratta di un debito solidale o che uno dei debitori soltanto abbia dichiarato il fallimento? Il debito è esigibile riguardo al fallito e non riguardo agli altri (Pothier n. 236); il che può ben essere, giacchè l' art. 1201 † 1154 dice che il debito può essere solidale, quantunque uno dei debitori sia obbligato a termine, e l'altro senza termine. Nondimeno Montvallon (*delle successioni*, cap. IV, art. 31) pretende che sia stato giudicato il contrario. Ma io credo il parere di Pothier preferibile. D' altronde anch'egli cita un arresto in favore della sua opinione. In verità se trattasi di un debito commerciale, gli altri condebitori sono tenuti a pagare ovvero a dar sicurtà che gli effetti di commercio saran pagati alla scadenza. (*Cod. de comm.* art. 448 † 440). Ma è chiaro che questa è una disposizione particolare poggiata sul riguardo che sia della massima importanza per un negoziante l'esser sicuro che le sue cambiali attive saranno pagate alla

loro scadenza, potendo accadere ch'egli conti su questo pagamento per soddisfare le sue proprie cambiali.

Fu deciso in Bruxelles il 5 decembre 1811 (*giorn. della giurispr. del cod. civ.* tom. 18, pag. 127) che il fallimento non rendeva esigibili i crediti ipotecarii. Ma in sulle prime sembra risultare il contrario dalla generalità delle disposizioni dell' art. 1188 † 1141, il quale non fa distinzione fra le diverse specie di crediti. La corte di Brusselles ha preso per base della sua decisione il citato art. 448 del codice di commercio, il quale dice che in caso di fallimento di uno o di più debitori solidali di effetti di commercio, gli altri obbligati non son tenuti a pagare, ma solamente a dar sicurtà pel pagamento alla scadenza; d'onde essa ha conchiuso che quando il creditore ha una sicurezza diversa dall' obbligo personale del debitore, il credito non era esigibile. Ma la disposizione dell' art. 442 dipende dal principio da noi stabilito in fine della nota precedente, che l'esigibilità risultante dal fallimento può ben aver luogo riguardo ad uno degli obbligati senza averlo riguardo agli altri. Nell' obbligazione solidale uno è l'obbligo, relativamente alla cosa che ne forma l' oggetto; ma relativamente alle persone, vi sono altrettanti legami, altrettante diverse obbligazioni quante sono le persone obbligate: *et si maxime parem causam suscipiant*, dice Papiniano, L. 9, §. 2, ff. *de duobus reis*, *nihilominus in cujusque persona, propria singulorum consistit obbligatio*. Se dunque coll' art. 448 i debitori non falliti non vengon obbligati a pagare, non è perchè il creditore ha un'altra sicurezza all' infuori dell' obbligo personale del debitore, ma perchè il debito non è realmente esigibile a loro riguardo. Però vengono obbligati a dar malleveria, ma unicamente *favore commercii*, e perchè, come l' abbiamo detto, è spesso per un negoziante della più grande importanza il poter contare sul pagamento de' suoi effetti di commercio alla loro scadenza. Ma non si può in nessun modo conchiudere da questo articolo che qualunque specie di debito non è esigibile dal debitore fallito.

In secondo luogo il dritto d' ipoteca non pregiudica in verun modo all' azione personale del creditore ed al dritto ch' egli ha di agire contro il mobiliare del suo debitore e d' essere collocato nel riparto mobiliari. Ora come ciò potrebbe aver luogo se il credito non fossse esigibile?

La disposizione che dichiara esigibile il debito per effetto del fallimento del debitore ha fatto sorgere importantissima quistione. Si è domandato se un debito divenuto in tal guisa esigibile potea compensarsi con un credito del fallito esigibile prima del fallimento. Per esempio, io debbo 3000 franchi a Pietro il 1.° maggio. Pietro mi dee 3000 franchi pagabili il 1.° luglio, e fallisce il 15 maggio. La massa de' creditori mi chiede il pagamento de' 3000 franchi che io debbo e non ho pagati alla scadenza. Io pretendo che il mio credito su di Pietro essendo divenuto esigibile il 15 maggio, al compenso si è dato luogo di pieno dritto nel detto giorno, a norma dell' artic. 1290 + 1244, e che in conseguenza i due debiti sono rimasti estinti. Io ho interesse di sostenere tal sistema, poichè in questo modo mi trovo interamente pagato de' 3000 franchi dovutimi dal fallito; laddove altrimenti sarei tenuto di pagargli i miei 3000 franchi, salvo ad esser quindi collocato nella serie di creditori *pro rata* del mio credito.

La corte di cassazione decise, e giustamente, col suo arresto del 12 febbrajo 1811 (*Giorn. della giurisprud. del cod. civ.* tom. 16. pag. 265) che il compenso non poteva aver luogo. Essa ha ragionato così: che il fallimento rendendo esigibile il debito del fallito aveva nel tempo stesso colpito e sequestrato a pro della massa de' creditori il credito che gli era dovuto; che a' termini dell'art. 1298 + 1252, il compenso non poteva aver luogo in pregiudizio di un sequestro presso il terzo; che d'altronde il compenso è un pagamento; Che nel detto caso se il fallito avesse pagato il debito di cui si tratta entro i dieci giorni che avevano preceduto il fallimento, la somma avrebbe dovuto restituirsi alla massa; che non si poteva supporre che il fallimento potesse dare ad un creditore esibitore di effetti non iscaduti, il dritto di farsi pagare a via di compenso un credito di cui avrebbe dovuto restituire la somma se l'avesse ricevuta ne' dieci giorni precedenti al fallimento, ec. (a)

(a) Nulla di meno la compensazione potrebbe aver luogo dopo il fallimento, se prima della sua apertura il fallito erasi convenuto senza frode e per un'atto di certa data che un credito o debito esigibile sarebbe compensato con altro non ancora esigibile o condizionale al momento della scadenza o dell'adempimento della

(121) *Tanto pel fatto del debitore.* Se, per esempio, egli vende uno degl' immobili ipotecati al debito che l'acquirente purga dell' ipoteca, e che il creditore non possa esser collocato utilmente per la totalità del suo credito, egli potrà esigere il rimborso dell' intero. Così fu deciso dalla cassazione il 9 gennajo 1810 (*Giorn. della giurispr. del cod. civ.* tom. 14, pag. 272), e con ragione. In effetti per mezzo di quella operazione, l' immobile venduto cessa di essere ipotecato al debito; per conseguenza le garentie del creditore sono diminuite, poichè per effetto dell' indivisibilità dell' ipoteca, ciascuno degl' immobili ipotecati dovea restare vincolato al debito fino alla sua intera estinzione. D' altronde se per effetto di siffatta liberazione, il creditore non può ricevere che una parte del suo credito, la di lui condizione trovasi peggiorata, poichè per dritto comune, a norma dell' articolo 1244 + 1197, egli non può esser costretto a riceversi un pagamento parziale. Decisione resa su questo motivo dalla corte di Parigi il 21 gennajo 1814. (Sirey, 1815, 2. parte, pag. 51).

Se però si trattasse di una ipoteca legale o giudiziaria, siccome, a tenore dell' art. 2161 + 2055, il debitore può domandar che questa ipoteca sia ristretta agl'immobili sufficienti a rispondere del debito secondo la proporzione stabilita dall' art. 2162 + 2056, io credo che in caso di vendita di un immobile, se il creditore non è stato obbligato a riceversi un pagamento parziale, e se gl' immobili ipotecati allo stesso debito che restano in mano del debitore presentano una sicurezza sufficiente per la totalità del debito, giusta le proporzioni dell' art. 2162, il debitore può domandare la restrizione, e così evitare il rimborso. Si può d' altronde trarre argomento in favo-

---

condizione, perchè allora il dritto di compensare sarebbe acquistato prima del fallimento. Per esempio, se si rilevasse dalla scrittura di affitto che il fittajuolo avesse anticipato al proprietario una somma di cui si compenserebbe nell'ultimo anno dell' affitto, questo compenso avrebbe luogo dopo il fallimento. Molto più se il fittajuolo avesse fatto delle riparazioni necessarie ec. il fallimento del proprietario non impedirebbe di ritenerne il prezzo per compensazione su quello del fitto, poichè la massa de' creditori non ha altri dritti che quelli del fallito, dal quale hanno causa; essi non possono profittare a spese di colui che ha aumentato il valore del loro podere. Vedi Toullier, l. cit. n.° 381.

re di questa opinione dal vedere che l' art. 1188 ✝ 1141 non parla che delle sicurtà date col contratto; il che sembra limitarne l'applicazione all'ipoteca convenzionale.

Nota. Si è proceduto anche più in là, essendosi deciso in cassazione il 4 maggio 1812, che in un caso simile il rimborso poteva esigersi, quantunque l'acquirente non avesse purgato l'immobile dell'ipoteca, sol perchè poteva purgarnelo. (Sirey, 1812 1. parte, pag. 321). A me sembra che ciò sia spingere alquanto in là il rigore del principio (a). Insino a tanto che l'acquirente non purga, le sicurezze non sono diminuite. D'altronde s' egli non purga, non può fare pagamento parziale; bisogna ch' egli paghi la totalità de' crediti ipotecati se vuole sprigionare il suo immobile. Il creditore non corre dunque alcun rischio di veder il suo credito diviso. Giudicò in questo senso la corte di Parigi addì 11 febbrajo 1815. (Sirey, 1816, 2. parte, pag. 214). Del rimanente è assai manifesto 1. che il credito con più ragione diviene esigibile se vi ha stellionato: così fu deciso in Pau il 3 luglio 1807 (Sirey, 1814, 2. parte, pag. 256).

2. Che il beneficio di questa disposizione non può essere invocato se non da colui che ha una valida ipoteca. Quindi se l'ipoteca era nulla, il creditore non potrebbe dire che le sue sicurezze sono state diminuite, giacchè non ne aveva alcuna. Così fu giudicato in Aix il 16 agosto 1815. (Sirey, 1815, 2. parte, pag. 126) (b).

Quid, se le sicurezze sono diminuite pel fatto del creditore; come se ha trascurato alcune formalità mercè le quali avrebbe potuto procurarsi il pagamento del suo credito? La ragione del dubbio si deduce dall' art. 2037

(a) Veggasi Toullier, l. c. n. 666 e 667, dove dimostra che questa decisione del 4 maggio sia contraria egualmente allo spirito ed alla lettera della legge che non autorizza il creditore a domandare la scadenza del termine per la semplice *possibilità* della diminuzione dell' ipoteca, ma per una diminuzione effettiva, o minaccia di effettuirla con principio di esecuzione.

(b) Non basta che l' ipoteca sia mancata, ma fa d'uopo che sia quella data nel contratto la quale venga diminuita. Quindi nel caso dell' ipoteca legale o giudiziaria che si estende su tutti i beni del debitore, una diminuzione d' ipoteca non basterebbe per autorizzare il creditore a domandare il rimborso di un debito non esigibile se vi restassero dei beni sufficienti per la sicurezza del suo credito. (V. Toullier, l. c. n. 668).

† 1909 il quale ricusa al creditore qualunque dritto contra il mallevadore, allorchè si è messo per suo fatto nell' impossibilità di surrogarlo Ma la ragion di decidere si è, che la disposizione dell' art. 2037 ha potuto essere ammessa, *benigno jure*, riguardo al mallevadore il quale ha dovuto credere nell' obbligarsi che se fosse costretto a pagare, potrebbe almeno ottenere la surrogazione; ma che non si può conchiuder nulla in favor del debitore medesimo il quale non può ignorare il dritto del suo creditore; che se quest' ultimo può essere obbligato a talune precauzioni riguardo ai terzi, non n' è tenuto ad alcuna riguardo al suo debitore, il quale non può in conseguenza in verun modo trarre argomento contro di lui dalla mancanza di formalità. Così fu giudicato in cassazione il 17 marzo 1818. (*Bollett.* n. 26).

(122) *Ma in quest' ultimo caso.* Questa è la distinzione che ho creduto dover adottare onde conciliar l' articolo 1188 † 1141 il quale sembra richiedere, per rendere il debito esigibile, che la diminuzione della sicurezza abbia avuto luogo per parte del debitore, col 2131 † 2017 il quale non fa veruna differenza. Quella ch' io stabilisco fra i due casi consiste in ciò, che se la diminuzione ha luogo per opera del debitore, egli è tenuto assolutamente al rimborso, mentre che nel caso contrario è ammesso ad offrire sicurezze equivalenti.

Il creditore potrebbe egli agire prima del termine in altri casi diversi da quelli qui sopra indicati? Bisogna distinguere: se il titolo è autentico, il creditore, salvo il caso sopraddetto, non può intentare alcuna azione. Ma se il titolo è di scrittura privata, il creditore può anche prima della scadenza agire perchè si riconosca il carattere. Ma questo giudizio non gli darà ipoteca, nè in virtù di esso potrà egli prendere inscrizione, se non mancando il pagamento dopo la scadenza o l' esigibilità del debito, ammenochè non vi sia patto in contrario. Vedete in seguito il titolo *de' privilegii e delle ipoteche* (a).

(a) *Quid* nel caso che il debitore chiamato a riconoscere la sua scrittura la negasse, sarebbe il creditore autorizzato a concludere non solo che dopo la verificazione sia questa data per riconosciuta, ma che benanche sia il debitore condannato a pagare la somma contenuta nel biglietto alla sua scadenza? Sì, perchè la di costui condotta dando sospetto della sua buona fede, o della sua puntualità autorizza il creditore a questo procedimento. Così

(123) *O dalle circostanze.* Perciò nell' esempio sopracitato di un legato fatto ad un minore e pagabile nella sua maggior età, abbiamo deciso che il debitore non potea liberarsi validamente prima del termine.

(124) *Oppure dalla natura stessa dell' obbligazione.* Negli effetti di commercio il terminè si presume apposto tanto in favore del creditore che del debitore.

(125) *La compensazione del debito.* Evvi ancora questa differenza che, quando il termine è di grazia, il creditore può fare tutti gli atti conservativi necessarii, anche sequestri presso il terzo. (*Cod. di proced.* art. 125 † 219). Al contrario se il termine è convenzionale.

(126) *Pagando una delle cose promesse.* Può egli variare; cioè a dire, può, dopo aver offerto una delle due cose, offrire l' altra? Credo che il possa insino a tanto che le sue offerte non sono state accettate, o dichiarate valide da un giudizio. (Argom. tratto dagli art. 1211 † 1164 e 1261 † 1214; e L. 138, §. 1. ff. *de verbor. obligat.*). In effetti è massima che *unaquaeque res eodem modo dissolvi debet quo fuit colligata.* Ora l' obbligazione non ha ricevuto carattere alternativo che con una convenzione; essa dunque non può perderlo che con una convenzione contraria. Allorchè le offerte sono accettate, vi ha convenzione volontaria. Allorchè son esse dichiarate valide per sentenza, vi ha il contratto chiamato *giudiziario*: *judicio quasi contrahimus.* Ma prima dell' accettazione o della sentenza, non v' ha che il fatto di una delle parti il quale non basta per cangiare il carattere della obbligazione.

(127) *Parte dell' una e parte dell' altra*: nello stesso modo, se la scelta appartiene al creditore, egli non può esigere parte dell' una e parte dell' altra.

---

fu giudicato nella cassazione di Francia coll' arresto del 14 messidoro an. XIII, riferito da Merlin nel suo *nuovo Repertorio* V. Hypothèque. Ed è in conseguenza di questo principio che il debitore di annua rendita, o di un debito pagabile a più termini successivi, mancando di adempirvi, può il creditore farlo condannare non solo al pagamento scaduto, ma agli altri ancora al tempo della loro scadenza; e questa condanna procura al creditore il vantaggio non solo di esigere le rate future per via di parata esecuzione, ma gli accorda ancora un dritto d' ipoteca su tutti i beni del debitore, quand' egli faccia inscrivere tale condanna nella rispettiva scadenza. (V. Toullier, l. c. ai num. 664 e 665).

La disposizione di questo articolo non è applicabile al caso *in* cui si tratta di un' annua prestazione di due cose alternativamente dovute. Il debitore o il creditore può scegliere ogni anno una cosa diversa. Così una rendita pagabile in numerario o in grano, può esser pagata un anno in numerario e l' altro anno in grano. Vi ha in questa obbligazione altrettanti debiti quante sono le annate. (L. 21. §. 6, ff. *de act. empt.*)

Quid, se vi sono molti debitori del debito alternativo? Essi debbono intendersi tra' loro per pagar tutti la stessa cosa. Non può l' uno pagare parte di una cosa, e l' altro parte di un' altra. (L. 15, ff. *de legat.* 2.)

(128) *Sotto la quale gli sono dovute.* Ma se il debitore ha la scelta e ch' egli sia in mora, come dovrà farsi? Io credo che il giudice debba ordinare che in tale tempo il debitore farà conoscere la sua scelta, e che mancando di ubbidire nel termine stabilito, la scelta apparterrà al creditore. (V. Ricard, *delle donazioni*, parte 2. n. 155).

(129) *Non estingue l' obbligazione*; se tuttavia la cosa perisce mentre l' obbligazione è alternativa; giacchè se fu determinata ad una delle due cose mediante valide offerte fattene dal debitore, la perdita di questa medesima cosa, avvenuta senza colpa del debitore, lo libera interamente, ancorchè le offerte non fossero state ancora accettate nè dichiarate valide da una sentenza. Nè fa ostacolo ciò che abbiam detto nella nota 126 che le offerte sole non determinano l' obbligazione fintantochè non sono state accettate o dichiarate valide. In effetti qui l' obbligo non è estinto *ipso jure*, ma solamente *exceptionis ope*, ed in seguito del principio che debbesi altrui riparazione del torto cagionatogli per propria colpa. Ora noi abbiamo supposto valide le offerte: il creditore ebbe dunque torto di ricusarle; onde se questo rifiuto cagionò qualche pregiudizio al debitore, egli dee indennizzarnelo. Ciò posto, se il creditore avesse accettate le offerte nel tempo in cui furon fatte, il debitore sarebbe stato liberato, a qualunque accidente fosse poi andato incontro la cosa. Il torto che il debitore ha sofferto in conseguenza del rifiuto del creditore essendo quello di non essere liberato, egli a modo di compenso dee dunque esser posto riguardo al creditore nella stessa situazione che se il credito fosse realmente estinto.

(130) *E prima ch' egli sia in mora*: Ed anche, quando fosse in mora, se può provare che le cose sarebbero egualmente perite in mano del creditore se gli fossero state rimesse. (Art. 1302 ┼ 1256).

(131) *A pagare il prezzo di quella che fu l' ultima a perire.* Giustissima è questa decisione quando il debitore è in colpa riguardo alle due cose, o riguardo a quella ch' è perita l' ultima; ma quando egli non è in colpa che riguardo a quella la quale è perita la prima, la stessa decisione è contraria ai principii dell' obbligazione alternativa. Esempio: io debbo due cavalli sotto l' alternativa, un falbo e un morello. Il cavallo falbo perisce per mia colpa. Dietro l' art. 1193 ┼ 1146, l' obbligo diviene puro e semplice e determinato pel morello. Il morello perisce quindi senza mia colpa: ai termini dell' art. 1302 ┼ 1256, io dovrei essere sciolto dall' obbligazione, e questa estinta; ma siccome siffatta estinzione ha avuto luogo per mio fatto, giacchè è per mio fatto che non rimane più cosa la quale possa esser l' oggetto dell' obbligo, io debbo riparazione al creditore del torto che questa estinzione gli cagiona. Ora qual' è questo torto? È che se io non avessi commesso la colpa che ha fatto perire il cavallo falbo, esso vivrebbe, e perciò l' obbligo di consegnarlo sussisterebbe ancora. Io debbo dunque al creditore il prezzo di questo cavallo e non altro. Quindi risulta dai principii rigorosi del dritto, che quando il debitore non ha commesso colpa che riguardo ad una delle due cose, e che non pertanto entrambe sono perite, esso non dee che il prezzo di quello riguardo alla quale è in colpa. Dietro ciò io penso che l' ultimo §. dell' art. 1193 debb' essere inteso solamente circa il caso in cui il debitore è in colpa riguardo alle due cose, ovvero riguardo a quella che perì l' ultima.

(132) *Ogni qual volta non si è stipulato il contrario.* È lo stesso in ogni specie di alternativa; come, se fu stipulato solamente in quanto al luogo o all' epoca del pagamento. *Quid*, se il debitore avendo la scelta, ma credendo dover le due cose insieme, ambe le ha date per errore di fatto? L' una senza dubbio debb' essere restituita. Ma chi avrà la scelta? Non apparterrà forse al creditore come quegli ch' è divenuto a vicenda debitore? No. *Ex aequitate* la scelta tocca al debitore, purchè tut-

tavia le due cose esistano ancora; mentre se l'una di esse è perita, ei non può nulla ripetere (L. 32 ff. e 10 cod. *de condict. indeb.*). Per la stessa ragione, se il debitore credendo non dovere che una delle due cose la dà al creditore, e che venga in seguito a scoprire che avea la scelta tra la detta cosa ed un'altra, egli può r p ter'a offrendo la seconda. Ma bisogna che il suo errore s'a probabile e di fatto; come se con un primo testamento una cosa sia stata legata, e che con un secondo, il quale non si è conosciuto che lungo tempo dopo, quella medesima cosa sia stata legata con un'altra al medesimo legatario sotto l'alternativa.

(133) *La scelta è stata accordata al creditore.* In questo caso il creditore può egli variare? Sì, fino all'acquiescenza del debitore, o finchè non ha ottenuto una condanna contro di lui.

(134) *O il prezzo della cosa perita.* Il debitore non ha potuto col suo fatto pregiudicare al dritto che il creditore aveva di scegliere.

(135) *Il prezzo dell'una o dell'altra a sua scelta.* La stessa osservazione che nella nota 131. Questa decisione non può applicarsi che al caso in cui il debitore è in colpa riguardo alle due cose. Poniamo la stessa ipotesi, Io debbo il cavallo falbo o il morello a scelta del creditore. Il falbo perisce per caso fortuito. Certamente, dietro il primo §. dell'art. 1194 + 1147, l'obbligazione è divenuta determinata pel morello: e se il morello perisce dopo per mia colpa, questa perdita non può far rivivere la mia obbligazione riguardo al falbo, ed il creditore non può domandarmi che il prezzo del morello. Se per l'opposto è per mia colpa che il falbo è perito prima: sempre dietro lo stesso principio io debbo il cavallo morello ovvero il prezzo del falbo. Supponiamo ora che il morello venga a perire per caso fortuito, giusta l'articolo 1302 + 1256, la mia obbligazione è allora estnta per la parte che riguardava il cavallo morello, ed io non debbo più che il prezzo del falbo.

È dunque evidente che quando le due cose sono perite, il creditore non può domandare a sua scelta il prezzo dell'una o dell'altra, se non allorchè sono entrambe per colpa del debitore perite. Se il debitore è in colpa solo riguardo ad una di esse, il creditore non può richiedere che il prezzo della medesima; e la perdita del-

l' altra avvenuta per caso fortuito scioglie il debitore dall' obbligo di consegnarla.

(136) *E prima ch' egli fosse in mora.* Diversamente, se il debitore è stato posto in mora, salva tuttavia la distinzione stabilita nella nota 130.

(137) *La natura del credito resta sospesa.* Di qui segue ancora che se il credito appartiene ad una persona le di cui azioni immobiliari non possono essere intentate che con certe forme, e che la scelta dipenda dal debitore, è prudenza osservar queste forme, giacchè altrimenti se accadesse che il debitore facesse scelta dell' immobile, l' azione si troverebbe essere stata irregolarmente intentata.

(138) *In facultate solutionis.* Osservate gli esempii di questo genere di obbligazioni negli articoli 1681 † 1527, 2168 † 2062, ec. Nell' art. 1681 è l' immobile ch' è il soggetto dell' obbligazione: il creditore non può domandare che l' immobile; ma il debitore ha la facoltà di liberarsi dall' obbligo di conseguarlo, pagando il supplemento de' nove decimi del giusto prezzo. Del pari nell' articolo 2168, il creditore ipotecario non può rivolgersi che all' immobile ipotecatogli; ma il debitore ha la facoltà di rattenere l' immobile pagando il credito al quale è ipotecato.

Del resto v' ha, com' è detto nel testo, tra questa specie di obbligazione e quella detta *alternativa*, di cui si è precedentemente parlato, siffatti rapporti di somiglianza, ch'egli è facile confonderle insieme. Abbiam fatto conoscere nel testo in che differiscono esse in quanto agli effetti. Ma come ravvisare se una obbligazione è alternativa o facoltativa, e se in conseguenza convenga attribuirle gli effetti dell' una o dell' altra di queste obbligazioni? Per evitare qualunque confusione a questo riguardo, ecco una regola quasi che certa onde distinguere se l' obbligazione è realmente o no facoltativa. (Se ne può rinvenire il germe nella legge 6. §. 1 ff. *de re judic.*)

Bisogna supporre che il debitore contro del quale si agisce sia contumace, e vedere qual' è in questo caso la cosa riguardo alla quale può eseguirsi il sequestro sopra ai suoi beni. Se per l' una o l' altra delle cose menzionate nella obbligazione, essa è alternativa; ma se per l' una sola di esse, l' obbligazione è facoltativa. Esempio:

Il venditore di un immobile domanda la rescissione di una vendita per causa di lesione; la rescissione è decre-

tata. L'acquirente, per l'art. 1681 † 1527, ha la scelta o di rendere l'immobile o di pagare il supplemento dei nove decimi del giusto prezzo. In tale stato di cose l'obbligo sembra aver tutti i caratteri di una obbligazione alternativa nella quale la scelta appartiene al debitore. Ma l'acquirente non si spiega: il venditore vuol far eseguire la sentenza; potrà egli sequestrare i beni dell'acquirente per esser pagato del supplemento de' nove decimi? No; giacchè non ha egli altro titolo che la sentenza la quale ha ammessa la rescission della vendita. E qual è l'effetto di questa rescissione? Quello di dare al venditore il dritto di farsi restituire l'immobile venduto rendendo il prezzo che n'ha ricevuto: egli non può dunque in virtù di questa sentenza che farsi mettere in possesso dell'immobile; dunque l'oggetto dell'obbligazione è l'immobile solo, poichè il debitore non può esser costretto che alla consegnazion dell'immobile, e che riguardo all'immobile solo egli ha la necessità di dare; dunque l'obbligazione è facoltativa. (a)

(139) *Purchè sia buona, legale ed in commercio.* Val quanto dire ch'egli non può offrirla di cattiva qualità, ma che non è tenuto neppure a darla della migliore. (Art. 1246 † 1199.)

(140) *Ordinariamente*: noi diciamo *ordinariamente*, poichè nelle obbligazioni che chiamansi *di genere limitato*, sarebbe possibile che tutto il genere perisse. Per esempio: se ho contratto l'obbligo di dare un cavallo della mia razza, è possibile che tutta la mia razza perisca, ed allora io son disciolto dall'obbligazione.

(141) *Ma la convenzione delle parti; o la disposizione della legge.* Si trovano degli esempii di solidalità legale, ossia quella che non ha che la legge per unica causa, in più articoli de' diversi codici. (V. gli art. 395 † 317, 396 † 318, 1033 † 988 ec. del codice civile, e gli articoli 140 † 139, e seguenti del codice di commercio.) Così nelle leggi criminali allorchè vi sono più delinquenti, avvi tra essi solidalità pel pagamento delle spese giudiziarie e de' danni ed interessi (cod. pen. art. 55); e ciò quand' anche la condanna fosse emanata da un tribunale civile. Così fu giudicato in cassazione

(a) Veggansi le spieghe che ne dà Toullier, l. c. n. 700, e 701.

il 6 settembre 1813 (Sirey, 1814, 1.a parte pag. 57.) ed effettivamente risulta dall'art. 3 del codice *d'istruzion criminale*, che l'azione civile per riparazione di un delitto può essere intentata separatamente dall'azion pubblica, e per conseguenza innanzi ai tribunali civili. Ora la qualità del tribunale non può pregiudicare al principio della solidalità che la parte lesa può invocare. (a)

Fu giudicato in cassazione addì 11 agosto 1813 (Sirey, 1815, 1.a parte pag. 94) che quando sono stati nominati de' periti da un tribunale sulla domanda delle parti, essi hanno un'azion solidale contra ciascuna delle parti pel pagamento de' loro ooorarii.

Osservate 1.º che non è necessario che, sia nella convenzione, sia nella legge, siensi impiegate le parole *solidale*, *solidalità*. Basta che risulti chiaramente dalla disposizione essersi voluto che ciascun creditore potesse esigere il totale, o che ciascun debitore potesse essere obbligato pel totale. V. un arresto del 6 agosto 1622 riportato da Bouquier, lettera O, n. 3, ove in un caso fu deciso che la parola *congiuntamente* equivaleva a solidalmente.

2. Che la disposizione dell'art. 1202 † 1155 si applica pure alla condanna delle spese; la quale non debb' essere pronunziata solidalmente quando i condannati non sono d'altronde debitori solidali. Così fu giudicato in cassazione il 20 luglio 1815 (Sirey, 1815, 1.a parte, pag. 249. V. su tal quistione Russeaud de la-Combe *verbo* Depens, n. 6.)

(142) ***La perpetua egualmente riguardo a tutti gli altri.*** In una obbligazione solidale tra debitori il primo si obbliga a pagare ciò che dee il secondo, ed il secondo ciò che dee il primo. Indi segue che insino a tanto che l'obbligazione primitiva sussiste per l'uno, sussiste egual-

(a) Le nostre *Leggi penali* dicono lo stesso nell'art. 51. » Tutti gl'individui condannati per uno stesso reato sono tenuti » in solido alle ammende, alle restituzioni, a' danni ed interes» si, e alle spese. Aggiungesi che ne' casi di risponsabilità ci» vile che potranno presentarsi ne' reati, si eseguirà il disposto » dalle leggi civili. » Questo non vi è nell'art. 55 del cod. pen. perchè trovasi prescritto nell'art. 74 del medesimo.

Quel che si prescrisse nell'art. 3 del cod. *d'istruzione criminale* corrisponde a quel che venne ordinato nell'art. 4 delle nostre *Leggi della procedura pe' giudizj penali.*

mente per l'altro. Ma se quest' obbligazione viene ad essere aumentata pel fatto dell' uno, si comprende che questa non è una ragione perchè sia aumentata per l'altro, il quale, lo ripetiamo, si è impegnato a pagare ciò che dovea il suo condebitore nell' epoca in cui l' obbligazione è stata contratta, ma non ciò che potrebbe dovere in appresso. Noi vedremo l' applicazione di questo principio nell' art. 1205 ┼ 1158. Esso si applica egualmente alle obbligazioni solidali tra creditori. Il debitore ha promesso di pagare al primo ciò che doveva al secondo, ed al secondo ciò che doveva al primo; finchè durerà dunque il credito del primo, quello del secondo durerà egualmente: indi il principio il quale andremo a stabilire, che l' interruzione della prescrizione per opera di uno de' creditori giova a tutti gli altri, nello stesso modo che l' interruzione riguardo ai condebitori a tutti gli altri pregiudica.

(143) *Di tutti gli altri creditori*. Se dunque uno de' creditori fosse minore, la prescrizione non correrà contro nessuno degli altri fino alla di lui maggior età.

(144) *Di tutti i condebitori*. La prescrizione non può essere opposta a quegli il quale ha trascurato di esercitare il suo dritto, durante il tempo stabilito dalla legge. Ora non si può dire che il creditore il quale ha interrotto la prescrizione non abbia esercitato il suo dritto. Nè osta ch' egli non l' ha esercitato che riguardo ad uno de' condebitori; giacchè primieramente qualunque condebitore essendo debitore di tutto il debito, bisogna dire che il creditore ha esercitato il suo dritto in totalità; e d' altronde il debito essendo il medesimo per tutti, nè potendo sussistere rispetto all' uno senza che sussista rispetto a tutti, non possono gli altri condebitori invocare una prescrizione la quale è stata interrotta riguardo ad uno di essi. Finalmente questo principio ha pure la sua utilità nell' interesse de' condebitori; giacchè se il creditore fosse obbligato d' interrompere la prescrizione riguardo a tutti, egli non mancherebbe di farlo, e sarebbero altrettante spese che cadrebbero a loro carico. Perciò fu con ragione deciso a norma di questi principii in Mompellieri il 20 agosto 1810 (Sirey, 1813, 2.a parte, pag. 283), che l' esecuzione di una sentenza in contumacia riguardo ad un debitore solidale impediva riguardo agli altri condebitori la perenzione di sei mesi stabilita

dall' art. 156 † 250 del cod. di proced ; ed in RENNES il 24 luglio 1810 (*ibid.* 1814, pag. 134), che un atto di appello notificato a tutti i debitori solidali, quantunque nullo riguardo ad alcuni, ma valido riguardo agli altri, produceva il suo effetto anche relativamente ai primi.

Ma una sentenza ottenuta contra l' uno de' debitori solidali sarebbe mai esecutiva riguardo agli altri ? No ; primieramente a causa dell' art. 1351 † 1305, ai termini del quale la cosa giudicata non ha effetto che fra le parti fra le quali il giudizio è intervenuto ; ed in secondo luogo perchè è probabilissimo che il debitore il quale non è stato citato abbia delle eccezioni da opporre alla domanda, ai termini dell' art. 1208 † 1161. Ora se la sentenza ottenuta avverso un altro debitore avesse forza di cosa giudicata riguardo a lui, bisognerebbe decidere che non gli è più permesso di opporre le eccezioni ch' egli può avere; il che non è ammissibile.

Ma bisogna osservare che la solidalità del debito non pregiudica al principio che abbiamo stabilito al titolo *delle successioni*, e dietro il quale tutti i crediti attivi e passivi di una successione si dividono di pieno dritto tra i coeredi. In conseguenza il debito quantunque solidale riguardo a ciascuno de' condebitori, si divide sempre tra i loro eredi, talmentechè gli eredi di ciascuno di essi debbono tutt' insieme il totale del debito, ma ciascuno dei detti eredi non dee in questo totale che una parte proporzionata alla sua quota ereditaria. Di quì segue che se la prescrizione non è stata interrotta che riguardo ad uno fra essi, continua a decorrere in favore degli altri coeredi, ancorchè il credito fosse ipotecario (altrimenti se fosse indivisibile, come il vedremo nella sezione seguente); ed essa non è interrotta rispetto agli altri condebitori che per la parte di cui questo erede è tenuto nel debito. (Art. 2249 † 2155). Esempio : tremila franchi mi sono dovuti solidalmente da tre persone. Una di esse viene a morire, lasciando quattro eredi per eguali porzioni. Io cito l' uno di essi soltanto. La prescrizione si compie in favore degli altri tre, i quali sono per conseguenza liberati, ed il debito più non sussiste, anche riguardo agli altri condebitori, che per 750 franchi. Il motivo di questa decisione si è, che il debito essendosi trovato diviso di pieno dritto, si son formati tanti

debiti differenti quanti vi aveano eredi. Dovevano essi quattro la totalità de' 3000 franchi; ma ciascun di loro non doveva che il quarto del debito ovvero 750 franchi; ed il creditore non ha potuto domandar che questa somma a ciascuno. Non citando che l'uno di essi, il creditore non ha dunque esercitato il suo dritto che pel quarto del debito; e siccome si può prescrivere il *quantum* di un debito come il debito stesso, ne segue che la prescrizione non è stata interrotta che per la parte dal creditore domandata, e che il debito è estinto per tutte le altre parti riguardo alle quali egli non ha formato domanda. Dunque perchè nel caso di morte dell' uno de' condebitori la prescrizione sia interrotta pel totale riguardo agli altri, bisogna che il sia riguardo a tutti gli eredi del debitore defunto.

Abbiam veduto che l' estinzione parziale del debito avea luogo allorchè la prescrizione non era stata interrotta che contro di uno degli eredi di un condebitore defunto, *ancorchè il credito fosse ipotecario.* In effetti l'ipoteca è indivisibile essa medesima nel tempo che ciascuna parte dell' immobile ipotecato è addetta al pagamento di tutto il debito; ma l' indivisibilità dell' ipoteca non rende perciò indivisibile il debito. Se dunque il debito è in parte estinto, ciò non impedirà all' ipoteca di colpire sulla totalità degl' immobili ipotecati; ma non colpirà più che per la porzione del debito la quale ancora sussiste.

E ben inteso del rimanente che queste interruzioni parziali non possono aver luogo in caso di morte di uno de' condebitori se non quando la domanda non è stata diretta che contra uno o più de' suoi eredi; dapoichè se venne diretta contro di uno de' condebitori superstiti, è manifesto che la prescrizione è interrotta per la totalità, e non solo riguardo a tutti gli altri condebitori viventi, ma riguardo benanche a tutti gli eredi del debitore defunto.

(145) *Questa sarebbe indivisibilità e non solidalità.* Noi vedremo nella sezione seguente quali differenze passino tra l' obbligazion solidale e la indivisibile.

(146) *Sia dalla convenzione delle parti.* Questa convenzione debb' ella essere una, vale a dire è necessario perchè io abbia solidalità che tutti i condebitori si siano obbligati insieme e collo stesso atto? L'affermativa sembra decisa dalla legge 12, ff. *de duobus reis.* Ma con-

viene osservare che in questa legge si tratta di un obbligo contratto per istipulazione. Ora apparteneva all'essenza di questa specie di contratto che non vi fosse se non un picciolissimo intervallo tra la domanda e la risposta. (L. 137, ff. *de verbor. obbligat.*) Quindi il giureconsulto decide nella citata legge 12, non solo che colui il quale si è obbligato l'ultimo non è debitor solidale, ma benanche ch'egli non è in nessun modo debitore. Questa sottigliezza essendo ignota nel nostro dritto, io non saprei dire perchè nella specie non vi sarebbe solidalità in questo medesimo caso, vale a dire, perchè i due individui non sarebbero obbligati ciascuno a tutto il debito. V'ha dippiù. Si potrebbe sostenere che l'obbligazione del totale per ciascuno ha luogo quand' anche ciò non fosse espresso. In effetti si esige questa menzione allorchè i debitori si sono obbligati insieme, poichè per dritto comune in questo caso ciascuno non è obbligato che per la sua parte. Ora questo motivo non può applicarsi al caso in cui si sono essi obbligati separatamente, ed in cui per conseguenza nessuno di essi ha potuto contare sulla divisione dell' obbligo. (a)

(147) *Della prestazione di un legato.* (V. la legge 8 §. 1, ff. *de legat.* 1.) purchè tuttavia non ne risulti una diminuzione della riserva legale ne' casi ne quali essa ha luogo.

(148) *Non ne rimane liberato che per la sua parte.* Questa disposizione ha introdotta una gran differenza fra il nostro attuale dritto ed il romano. Presso i Romani ciascun creditore solidale era presunto, quanto al debitore, proprietario unico del debito: egli poteva dunque fare tutti gli atti che avrebbe potuto fare il proprietario unico, compensare, far remissione o novazione, deferire il giuramento, ec. Presso di noi i creditori solidali son riputati anche riguardo al debitore, mandatarii l'uno dell'

(a) Pare che Toullier pensi diversamente, l. c. n. 723. Egli non vede tra i debitori che non si obbligano in un medesimo atto che una *solidalità imperfetta*. Egli crede doversi concludere che l'obbligo di colui che l'indomani d'una convenzione contratta solidalmente tra più persone vi accede senza di loro ordine in qualità di cauzione solidale non stabilisce tra esse e lui una perfetta solidalità, e che le azioni promosse contra di lui non interromperebbero la prescrizione riguardo ai primi, che non hanno contratto alcun obbligo verso di lui.

altro, ma solamente ad effetto di ricevere il pagamento del debito. Per qualunque altro atto diverso dal pagamento, il mandato cessa, ed essi non sono considerati che come proprietarii ciascuno della loro parte. Questo principio, il quale evidentemente è la base degli articoli 1198 † 1151 e 1365 † 1319, dee servire a decidere tutte le quistioni che possono sorgere intorno al dritto di ciascun creditore sul debito istesso. Quindi è certo che il debitor solidale non può innovare o compensare che per la sua parte, ec. (a)

(149) *Che più gli piace di scegliere.* Come altresì egli può citarli tutti insieme, ed allora li cita innanzi al tribunale dell'uno di essi a propria scelta. (*Proced.* art. 59 † 151.)

(150) *Il beneficio della divisione.* Questo beneficio è una eccezione per la quale una persona contro della quale si agisce pel pagamento del totale di un debito cui essa è obbligata congiuntamente ad altra persona, può in certi casi domandare che il creditore diriga la sua azione nel tempo stesso contra gli altri coobbligati e la riduca alla parte e porzione di ciascuno di essi. (Art. 2026 † 1898.) Nella solidalità fra debitori il codice ha conservato i principii del dritto romano. In conseguenza ciascun debitore è riputato, riguardo al creditore, unico debitore del totale del debito. Esso non può dunque esigere che il creditore divida la sua azione.

(151) *Che ciascuno di essi ha nella causa del debito.* Se dunque il debito solidale è stato contratto per un affare il quale non concerneva che un solo dei condebitori, il creditore potrà bensì agire contra ciascuno di essi pel totale, ma fatto una volta il pagamento il debitore cui il debito concerne sarà tenuto per la totalità rispetto ai suoi condebitori, i quali riguardo a lui non saranno considerati che come suoi mallevadori (art. 1216 † 1169), ed in caso d'insolvibilità dalla sua parte, avranno fra essi il regresso come stabilito dall'art. 2033 † 1905.

Allorchè il debito solidale proviene da un delitto, colui che ha pagato il tutto ha egli regresso contro gli

(a) Vedi quel che osserva Toullier su questa quistione, e sulla difficoltà che fa sorgere la troppo generale redazione dell'art. 2021 † 1893, l. cit. n. 376, e nella nota 1. a questo numero.

altri delinquenti ? Pothier pensava che *stricto jure* non avrebbe dovuto averlo, *quia nemo potest ex delicto suo consequi actionem*. E così sta sanzionato nel codice prussiano, 1. parte, tit. 3, art. 35, 36 e 37. Ma egli soggiugne che in Francia la pratica del foro accordava il regresso, ed avverrebbe certamente lo stesso al dì d' oggi. Quanto alla regola di dritto citata da Pothier, essa non mi sembra qui applicabile. Non è il delitto che produce l' azione pel regresso; esso non n'è che la causa occasionale. La causa efficiente dell' azione è il pagamento del totale fatto da un solo de' debitori; ora questo pagamento non è una cosa illecita.

Il debitore che ha pagato il totale può egli reclamare gl' interessi della parte che ciascuno di essi dee sopportare nel debito ? Sì : prima di tutto se il credito produceva interessi in vantaggio del creditore, essi continuano a decorrere in vantaggio di colui che ha pagato, per effetto della surrogazione; se esso non produceva interessi, io credo che debbano decorrere dal giorno del pagamento, e lo arguisco dagli art. 2001 ✝ 1873 e 2028 ✝ 1900. Ciascun condebitore può esser considerato sia come mallevadore sia come mandatario de' suoi condebitori, per la parte che ciascuno di essi dee soddisfare nel debito. Io credo anzi ch' egli può esigere gl' interessi non solamente del capitale ma ancora degl' interessi ch' egli ha pagati per la parte di ciascuno : quanto a lui, è un capitale (art. 1155 ✝ 1108); e d' altronde si può dire che pagando egli ha impedito le procedure che il creditore avrebbe potuto fare e che sarebbero andate a carico di tutti i debitori.

Si è giudicato in cassazione il 27 febbrajo 1816 (Sirey, 1816, 1. parte pag. 436), che la disposizione dell' art. 1214 ✝ 1167 non era applicabile che a quello il quale avea pagato il tutto in conseguenza di una obbligazione personale, e non a colui contro del quale si era agito unicamente come detentore; potendo questi domandare il tutto a quello dei debitori solidali ch' egli vuole scegliere. Ed in effetti de' condebitori i quali hanno contratto insieme un' obbligazion solidale, possono essere riguardati fra loro come socii. È dunque giusto ch' essi dividano le loro azioni. D' altronde risulterebbe dal sistema contrario un circuito di azioni, ec.: nessuna di queste ragioni si applica al terzo detentore.

(152) *E ciò non ostante la surrogazione legale.* Vedete in seguito al cap. 5, sez. 1, §. 7 ciò che si debba intendere per *surrogazione legale.*

Quid, se vi ha surrogazione convenzionale? Io non credo che ciò debba cambiar nulla alla disposizione dell' art. 1214 † 1167. La surrogazione, sia legale sia convenzionale, ha sempre il medesimo effetto, quello di far passare al surrogato tutti i diritti, privilegii ed azioni del creditore; e se nondimeno la legge nel caso dell' articolo 1214 ha ristretto l' effetto della surrogazione legale, egual motivo vi è di applicar questa disposizione alla surrogazione convenzionale. D' altronde potremmo appoggiare questa decisione per analogia a ciò ch' è disposto nell' art. 875 † 795.

(153) *Ma per i privilegii e le ipoteche soltanto.* Quindi il debitore che ha pagato non potrà esercitare i privilegii e le ipoteche del credito che per la parte di ciascuno de' condebitori.

Ma se il creditore ha per suo fatto resa impossibile la surrogazione, per es., se ha lasciato estinguere le ipoteche, se si è fatto precedere nell' ordine dell' iscrizione, non gli si potrebbe opporre l' eccezione *cedendarum actionum*, a tenor dell' art. 2037 † 1909? Io credo che sì, ma solamente nel senso ch' egli non potrà più esigere dagli altri debitori la parte di colui contra del quale ha lasciato perdere i suoi diritti. Così giudicò la cassazione il 13 gennajo 1816. (Sirey, 1816, 1. parte, pag. 327).

(154) *E così successivamente.* Se tutti i debitori solidali sono in istato di fallimento, quale sarà il dritto del creditore in ciascuna delle amministrazioni? Esempio: Dionigi, Paolo e Giacomo son debitori solidali di Pietro per una somma di 1000 franchi. Essi falliscono tutti e tre. Tre amministrazioni si stabiliscono. Paolo dà il cinquanta per cento; Dionigi il quaranta; Giacomo il trenta. Sembrerebbe a prima vista che Pietro nulla dovesse perdere. Vi erano pertanto tre opinioni in questo proposito.

La prima, quella di Savary (*Pareres* 13 e 48), era che il creditore non potea presentarsi che in una delle tre amministrazioni, salvo a scegliere quella che gli sembrasse la più vantaggiosa. Egli ragionava dietro il riflesso che figurando il creditore in un' amministrazione

per la totalità di quanto gli era dovuto, veniva presunto aver ricevuto questa medesima totalità; dal che risultava ch'egli non poteva più agire contro gli altri debitori. Questo avviso ebbe pochi seguaci.

La seconda opinione, sostenuta da LA SERRA, BOUTARIC, JOUSSE e POTHIER, era che il creditore poteva presentarsi nelle tre amministrazioni; ma che dopo aver ricevuto dalla prima una parte del suo credito, non poteva entrare nelle altre che successivamente e per ciò che rimaneva dovuto. Dietro questa opinione, e continuando il caso proposto, Pietro si presenta nell'amministrazione del fallimento di Paolo, e vi riceve 1000 franchi. Egli non è dunque più creditore che degli altri 1000 franchi. Collocato per questa somma nell'amministrazione di Dionigi, ne riceve 400; rimane una somma di 600 franchi per la quale è collocato nell'amministrazione di Giacomo, e percepisce 180 franchi: egli è dunque in perdita di 420 franchi. Ma sembra che questa opinione la quale era la più generale, fosse stata egualmente per ultimo abbandonata, come risulta da un arresto del consiglio del 24 febbrajo 1778, riportato da EMERIGON (*des contrats à la grosse*, cap. 10, sez. 3), il quale cassò una decisione del parlamento di Aix che avea pronunziato nel senso di questa seconda opinione.

Il codice di commercio ha consacrato la dottrina dell'arresto del consiglio coll'articolo 534 † 526 così concepito.

Il creditore che tiene obbligati in solido il fallito ed altri che sono in fallimento, avrà parte nelle distribuzioni in tutte le masse, sino al suo intero e compiuto pagamento.

Quindi nel detto caso Pietro sarà collocato in ciascuna amministrazione per la totalità di 2000 franchi dovutigli. (Arresto di cassazione del 25 gennajo 1817 (SIREY, 1817, 1. parte, pag. 97.). Questa maniera di operare la quale sembra la più conforme all'equità, presenta però l'inconveniente, che nel caso in cui la totalità di ciò ch'è pagato in tutte le amministrazioni forma più del cento per cento, come nell'esempio proposto, accaderà che l'amministrazione alla quale il creditore si presenterà in ultimo luogo si troverà discaricata a spese delle altre. In effetti, se Pietro fosse stato collocato in primo luogo nell'amministrazione di Giacomo,

ne avrebbe ricevuto 600 franchi, mentre non essendovi collocato che in ultimo, non vi può prendere che 200 franchi, giacchè si suppone aver ottenuto 1800 franchi dalle due prime amministrazioni.

A me pare che a ciò si potrebbe rimediare dando alle prime amministrazioni un'azione di regresso contra dell'ultima, per l'ammontare di ciò ch'essa ha pagato in proporzione meno delle altre. Così, nella ipotesi, facendo sopportare proporzionalmente il debito alle tre amministrazioni, dietro la ripartizione stabilita, e facendo i calcoli necessarii, si vedrà che l'amministrazione del fallimento di Paolo non dovea pagare che 833 franchi e 33 centesimi; quella di Dionigi 666 franchi e 67 centesimi; e quella di Giacomo 500 franchi. Quest'ultima la quale non ne ha realmente pagato che 200, sarà dunque debitrice verso le due altre di 300 franchi, i quali saranno ripartiti così: 166 franchi e 67 centesimi all'amministrazione di Paolo, e 133 franchi e 33 centesimi a quella di Dionigi.

(155) *O durante la mora.* Ma sempre colla distinzione stabilita nel primo §. dell'art. 1302 ✝ 1256.

(156) *Gli altri non sono liberati.* Ciò deriva dalla natura della solidalità. Tostochè l'obbligazione principale sussiste riguardo all'uno, sussiste riguardo a tutti.

Quid, se la cosa è perita per colpa di uno degli eredi di un debitor solidale defunto? L'obbligazione sussiste riguardo agli altri condebitori, ma solamente per una parte proporzionata alla quota creditaria del coerede che è in colpa. In effetti abbiam veduto in una nota precedente, che l'obbligazione, quantunque solidale, si divide tra gli eredi del condebitore defunto. Essa non sussiste dunque come principale riguardo a loro che per la parte di ciascheduno. Ciò è così vero che nel caso proposto, in cui la cosa è perita per colpa di uno degli eredi, gli altri coeredi sono totalmente liberati. (L. 48 §. 1 ff. *de legatis* 1.) Il coerede che è in colpa continua senza dubbio a dovere il totale, ma non dee che la sua parte in virtù dell'obbligo contratto dal defunto. Il rimanente egli lo dee *propter culpam* ed a titolo di risarcimento de' danni ed interessi. Or l'art. 1205 ✝ 1158 decide che i condebitori non son tenuti ai danni ed interessi. Dunque, nella specie, essi non sono tenuti che alla

parte per la quale l'erede in colpa è tenuto nell' obbligazione principale, rimanendo liberati pel rimanente.

(157) *Che contra quest' ultimo.* I danni ed interessi sono la pena della colpa, la quale è personale.

(158) *Fa decorrere gl' interessi riguardo a tutti.* Perchè tal differenza? Gl' interessi in questo caso appartengono veramente ai danni ed interessi. (Art. 1153 † 1107.) POTHIER è perciò di contrario parere. (*Delle obbligazioni*, n. 273.) Nondimeno la decisione del codice mi sembra più giusta ed anche più favorevole agli stessi debitori. *Più giusta*: la domanda non può avanzarsi che dopo la scadenza, la quale non può essere ignorata dai debitori. Son essi in colpa di non aver pagato nel termine stabilito dalla convenzione. *Più favorevole ai debitori*: se il creditore fosse obbligato, per far decorrere gl' interessi contra tutti, a formar contra tutti la domanda, ne risulterebbe un aumento di spese che ridonderebbe a loro carico.

(159) *Riguardo a tutti i coobbligati.* Bisogna peraltro osservare che la confusione, quantunque sia un modo di estinguere le obbligazioni, pure non estingue l'obbligazion solidale che per la parte di colui nella persona del quale essa si è operata. (Art. 1209 † 1162 e 1301 † 1255.) Noi ne vedremo il motivo allorchè tratteremo della confusione.

(160) *De' suoi condebitori.* Questo è l' avviso di PAPINIANO. (L. 10, ff. *de duobus Reis.*) Ma DOMAT (a) avea abbracciato l' opposto parere; e POTHIER (b) confessa che nella pratica l' opinione di DOMAT gli sembra da preferirsi. Io aggiungerò che quella di PAPINIANO mi sembra una pura sottigliezza la quale ripugna anche al principio della compensazione. Vediamo in effetti nella legge 4. cod. *de compensat.*, la di cui disposizione è stata consacrata nell' art. 1290 † 1244 del codice, che la compensazione ha luogo di pieno dritto per la sola forza della legge, anche senza saputa de' debitori; in modo che i due debiti rimangono reciprocamente estinti subito che si trovano esistere ad un tempo. Stabiliamo ora un caso: Pietro e Paolo debbono 1000 franchi in solido a Giacomo: questi diviene erede di una persona

(a) Parte 1, lib. III, sez. 1., n. 8.
(b) Nel suo trattato delle obbligazioni, n. 274.

che dee 1000 franchi a Pietro. Tostochè egli ha accettata la successione, la compensazione si è operata di pieno dritto, e per conseguenza Pietro è rimasto liberato verso di lui come se lo avesse pagato. Ora noi abbiamo veduto che nell' obbligazion solidale ciascuno de' debitori s' impegna a pagare ciò che dee il suo condebitore, onde segue che l' estinzione del debito riguardo all' uno porta la liberazione di tutti gli altri. Dunque nel medesimo caso Paolo debb' essere liberato come l' è Pietro. Aggiungete che il sentimento di Papiniano cagiona un circolo di azioni ad evitare il quale d' ordinario il codice pone massima cura. Si supponga in effetti che Giacomo citi Paolo pel pagamento. Se questi può opporgli la compensazione di ciò ch' egli dee a Pietro, l' azione principale si estingue, e non rimane più che l' azione di Pietro contro di Paolo pel rimborso della metà del debito. Ma se il compenso non può aver luogo, ne risulterà che Paolo sarà condannato a pagare i 1000 franchi a Giacomo; ch' egli agirà in seguito contro di Pietro per farsi rimborsare della metà di questa somma; e che in fine Pietro sarà obbligato ad agire contro di Giacomo pel pagamento della somma di 1000 franchi che questi gli dee in qualità di erede del suo debitore. Qual circuito di azioni e quante spese ch' è facile di evitare adottando l' avviso di Domat? Ma questo avviso può esso conciliarsi col testo dell' art. 1294 ┼ 1248? Ciò sembra difficile. Vediamo peraltro se mai è possibile.

In primo luogo supporremo per maggiore facilità che ciascuno dei debitori abbia un interesse eguale nel debito. Ciò posto osserveremo che Domat non ha preteso che in un caso simile a quello sopracennato, Paolo potesse opporre la compensazione per parte di Pietro, per la totalità del debito, ma solamente fino alla concorrenza dell' interesse che Pietro ha nel debito, vale a dire, nell' ipotesi, fino alla metà.

» Se per esempio, egli dice, uno dei debitori si
» trovasse in suo nome creditore del creditore comune,
» i suoi coobbligati potrebbero domandare la compensa-
» zione fino alla concorrenza della porzione per la quale
» egli è tenuto nel debito ».

Così dunque, ammettendo la di lui opinione, dall' istante che Giacomo è divenuto debitore di Pietro, si è operata la compensazione per quanto ciò era possibile,

vale a dire per la porzione di Pietro nel debito; nel nostro caso per la metà. È dunque indubitato che da quel punto Giacomo non è più rimasto creditore che per metà. Ma d' altra parte, tostochè il compenso ha avuto tutto l' effetto che poteva avere, esso non può essere più opposto. È dunque vero che in questo caso l' altro debitore solidale, cioè Paolo, non può opporre la compensazione *di ciò ch' è dovuto al condebitore*, val quanto dire de' 500 franchi che il creditore Giacomo resta dovendo a Pietro. Quindi la parola *dee* nell' art. 1294 e nell' ipotesi proposta sarebbe intesa non già de' 1000 franchi, poichè nell' ipotesi 500 franchi sono pagati pel compenso, ma solamente de' 500 franchi restanti che non han potuto essere compensati. In breve, il debito è stato estinto per la parte di Pietro, vale a dire per la metà. Giacomo non può dunque domandar più a Paolo che 500 franchi; e quantunque Giacomo sia ancora debitore di Pietro per 500 franchi, nondimeno Paolo non potrà opporgli la compensazione per parte di Pietro, e sarà tenuto a pagargli 500 franchi per la sua porzione nel debito. Si scorge che questo modo d' intendere l' art. 1294 sarebbe oltremodo giusto ed anche più spedito, poichè Paolo non avendo pagato che quanto dovea realmente, non avrebbe nemmeno azione di regresso da esercitare contro di Pietro. (a)

Ma, si dirà, se ammettiamo la compensazione pei 500 franchi, perchè non ammetterla pei mille? Si può darne la ragione, ed è che non si è voluto costringer Pietro a cambiar debitore suo malgrado. Dapoichè ove si ammettesse Paolo a compensare pei 1000 franchi, ne seguirebbe che Pietro non essendo obbligato che per metà nel debito, avrebbe un' azione di ripetizione da esercitare contra di Paolo. Ora egli può aver interesse ad esercitarla piuttosto contra Giacomo che contra Paolo.

(a) Senza dubbio l' art. 1294 debbe intendersi nel senso di Domat e di Pothier; ciò non ostante vi si scorge un vizio di redazione che Toullier desidera venga emendato nella revisione del codice. Egli dice, l. c. n. 377, che potrebbe rendersi chiaro e corretto in questo modo. » Il debitor solidale non può opporre la compensazione di ciò che il creditore dee al suo condebitore, *se non per la porzione di questo debitore.* » Veggasi quel ch' egli aggiunge per gl' inconvenienti che ne risulterebbero se si stasse troppo letteralmente alle parole di questo articolo.

(161) *Che intervenga novazione.* La novazione è la sostituzione di un nuovo obbligo all' antico che trovasi in conseguenza estinto.

(162) *Purchè il creditore non siasi espressamente riservato i suoi dritti contro questi ultimi.* Questo è allora il patto *in personam* de' Romani, il quale non giovava che a quegli in di cui favore aveva avuto luogo. (L. 25 §. 1, ff. *de pactis*).

(163) *Al quale ha fatto la remissione.* (V. la seguente nota 354).

(164) *O dell' obbligazione personale di colui che ha giurato.* Vale a dire che se il condebitore ha giurato che l' obbligazione non esiste, ciò sarà di emolumento a tutti i suoi condebitori, poichè il debito è lo stesso per tutti; e s' egli è vero che riguardo all' uno quella non esiste, è vero egualmente riguardo agli altri. S' egli ha giurato ch' essa non è solidale, ciò toglierà soltanto all' obbligazione il carattere di solidalità rispetto al debitore che ha giurato. S' egli ha solamente giurato che non era obbligato, sarà sciolto dal debito; ma questo non recherà verun cangiamento alla situazione degli altri debitori. Ed osservate che in quest' ultimo caso il giuramento da lui prestato e deferitogli dal creditore, nulla cambierebbe al dritto degli altri debitori a suo riguardo. Quindi abbenchè sia liberato in faccia al debitore, sia della solidalità nel primo caso, sia di qualunque obbligazione nel secondo, egli non resterà meno esposto all' azione di regresso dalla parte di quello fra gli altri debitori che avrà pagato, se questi può provare che l' obbligazione esisteva realmente e solidalmente rispetto a colui che ha giurato. (L. 10 ff. *de jurejurando*). Il giuramento ha forza di cosa giudicata: ora la cosa giudicata non ha effetto che tra le parti per le quali la sentenza fu emanata.

(165) *E non giovano che a lui solo.* Se dunque due individui, l' uno maggiore l' altro minore, sono solidalmente obbligati, e che il minore si faccia restituire, potrà sempre il creditore agire solidalmente contro dell' altro. Diversamente, se l' obbligazione è indivisibile, dietro la massima: *minor relevat majorem in individuis.* (Argom. tratto dall' art. 710 + 631). Esempio: due proprietarii di un fondo, uno de' quali è minore, hanno promesso una servitù su questo medesimo fondo; il minore si fa restituire. Questa restituzione giova al mag-

giore il quale non è più obbligato. In effetti egli non può essere obbligato di prestare la servitù istessa, poichè questa non può essere stabilita che col consenso di tutti i proprietarii del fondo sul quale vuolsi stabilirla. D' altra parte egli non può esser tenuto ai danni ed interessi, poichè il creditore non ha diritto a reclamarli se non quando l' inadempimento dell' obbligazione non proviene dal proprio fatto. Ora nel caso nostro questo inadempimento risulta dal fatto del creditore medesimo, il quale debbe imputarsi d' aver trattato con un minore di cui dovea conoscere lo stato e la capacità. Ma se il maggiore avesse in conseguenza della promessa ricevuto qualche cosa dal creditore, sarebbe tenuto a restituirla, *condictione sine causa*, ovvero *causa data causa non secuta*.

(166) *Risulta dal concorso*. Bisogna dunque che le tre circostanze esistano simultaneamente. Se ne manca una sola, non si presume cessata la solidalità.

(167) *È per la parte di tal debitore*. Dandogli quietanza per la sua parte, il creditore lo riconosce debitore per una parte. Ora esser debitore solidale ed esserlo di una parte, implica contradizione.

(168) *Vi abbia aderito*. Ciò è sempre dietro la massima già frequentemente rammentata, che *res eodem modo dissolvi debet quo fuit colligata*. La solidalità fu stabilita mercè il concorso delle volontà del creditore e de' debitori: fa d' uopo il concorso delle medesime volontà per discioglierla.

(169) *Siasi emanata una sentenza conforme*. La sentenza prende qui il luogo del consenso del debitore: *judiciis quasi contrahimus*.

(170) *Dedotta la porzione che questo debitore ha pagata al creditore* L' art. dice: dedotta la parte del debitore che il creditore ha discaricato della solidalità. Ma è manifesto supporre l' articolo che nel ricevere la parte del condebitore il creditore lo ha liberato della solidalità; il che effettivamente è il caso il più ordinario. Dapoichè altrimenti non si scorge perchè non potrebbe egli esigere l' intero dagli altri debitori. Che risulterebbe in effetti dall' abbandono della solidalità fatto puramente e semplicemente all' uno de' condebitori? Null' altro se non che questo debitore non potrebbe più essere convenuto in giudizio che per la sua parte. Ma allora chi impedirebbe al

creditore di agire contra ciascuno degli altri condebitori per l'intero debito? In effetti, poichè anche allora che non vi è remissione di solidalità, il condebitore che ha pagato il tutto non può agire contro degli altri debitori che per la parte di ciascuno (art. 1213 † 1166), ne segue che nel caso proposto, il fatto d'essere stata la solidalità rimessa ad uno di essi diviene per tutti gli altri una circostanza indifferente, la quale non può loro nuocere nè giovare. Io penso dunque che se il creditore ha rimessa la solidalità ad uno de' debitori, ma senza ricevere la sua parte nell'obbligazione, ciò non gl'impedisce di agire contra ciascuno degli altri per la totalità del debito.

(171) *Per contributo*, vale a dire in ragione dell'interesse che ciascuno ha nel debito. Supponiamo per esempio quattro debitori solidali che abbiano eguali interessi in un debito di 12000 franchi. Il creditore riceve la parte dell'uno e lo discarica dalla solidalità: egli non potrà agire contra ciascuno de' tre altri che per la somma di 9000 franchi. Ma se uno di questi tre fosse insolvibile, la parte ch'egli doveva sopportare nel debito, ossia 3000 franchi, si ripartisce allora fra gli altri due e quello ch'era stato sciolto dalla solidalità. Ma in qual senso bisogna intendere questa ripartizione? Nel senso forse che il creditore potrà sempre domandare 9000 franchi a ciascuno degli altri due, ma che colui il quale avrà pagato avrà il suo regresso per 4000 franchi contro del debitore non discaricato e per 1000 contro il debitore discaricato? Ovvero nel senso che il creditore non potrà domandare che 8000 franchi a ciascuno dei due, sopportando egli la parte de' 1000 franchi che sarebbe andata a carico del terzo s'egli non l'avesse sciolto dalla solidalità? L'art. 1215 † 1168 sembra favorire la prima di siffatte opinioni; nondimeno a me pare che questa sia contraria ai principii. In effetti non si dee presumere che il creditore facendo remissione della solidalità abbia inteso fare un atto inutile. Ora sarebbe così ove si desse questo senso all'art. 1215; giacchè qual è in ultima analisi il fine della remissione della solidalità? Quello di far sì che il debitore discaricato sia interamente sciolto pagando la sua parte, e non vada più tenuto per l'insolvibilità degli altri debitori. Anzi non è presso a poco che nella previdenza di questo caso che la remissione ha

luogo; mentre se tutti sono solventi, alla fin fine egli sempre non pagherebbe che la sua parte. Dunque affinchè questa remissione possa avere il suo effetto, bisogna decidere ch' egli non è tenuto delle parti de' non solventi, le quali rimangono per conseguenza a carico del creditore per la porzione che avrebbe dovuto esser pagata dal debitore discaricato.

(172) *Non si fosse continuato per dieci anni consecutivi* (a). È difficile spiegare come il fatto d'essersi le annualità ricevute separatamente nel corso di dieci anni, può annientare la solidalità riguardo al capitale. Si credeva anticamente bisognare che le annualità fossero state ricevute divise per trent'anni onde la solidalità si presumesse estinta, ma bensì solo riguardo alle annualità future e non al capitale (b).

(173) *Che per lo più, non può esservi.* Io dico per lo più, poichè può accadere che la divisibilità del debito abbia luogo viventi il creditore ed il debitore. Se per esempio esso fu contratto da più debitori o verso più creditori senza solidalità nè dall'una parte nè dall' altra, abbiamo già fatto osservare che ciascuno dei debitori non poteva esserne tenuto, e che ciascuno de' creditori non poteva esigerne il pagamento che per la sua parte. Indi la regola, che il dritto di accrescimento non ha luogo in generale nei contratti ed atti fra vivi.

Vi sono de' casi ne' quali più persone non debbono essere considerate che come una sola. Così il tutore di più minori che interviene per essi in un contratto insieme con altri, non è considerato che come una sola persona, qualunque sia il numero de' suoi pupilli, ammenochè non risulti dalle circostanze, che ciascuno di essi

---

(a) Eccetto che il pagamento separato sia durato per dieci anni *continui*, dice la legge. Ma *quid* se vi fossero due annate cumulate in una sola quietanza riunita ad otto altre quietanze, l'estinzione della solidalità sarebbe operata? Io credo, dice Toullier, nella nota al num. 745, che la quistione sia abbandonata alla prudenza de' giudici, poichè la disposizione del codice non è abbastanza precisa per esser considerata come una regola di rigore.

(b) Toullier, nello stesso numero, crede che in questo caso anche pel capitale sia tolta la solidalità, poichè è difficile concepire che la solidalità del capitale continui ad esistere quando quella delle annualità o degl'interessi non più esiste.

debba avere una parte eguale a quella di ciascuna delle altre parti. Quanto al marito ed alla moglie intervenenti insieme nello stesso contratto, dipenderà egualmente dalle circostanze il decidere se debbano considerarsi come una o due persone (a).

Osservate che quando vi ha luogo a divisione, essa il più sovente si fa per eguali porzioni: ma possono esservi dell' eccezioni. Così, io ho fatto delle spese per vantaggiare un fondo appartenente a più proprietarii. Mi compete l' azione contra ciascun di loro pro rata della parte ch' egli ha nella proprietà del fondo. Ma se v' è controversia, se i medesimi son condannati alle spese, dovranno una parte eguale di esse per ciascheduno, poichè la condanna alle spese altro oggetto non ha che di punire la temerità loro di litigare, temerità che è uguale dalla parte di tutti, ed indipendente da' loro dritti nella cosa che dà luogo al litigio.

(174) *È suscettibile di quest' ultima specie di divisione.* Ma come distinguere la cosa la quale non è divisibile che mentalmente da quella che è realmente indivisibile? Io credo che si possa a tale oggetto stabilire la regola seguente: supponete la cosa posseduta da molti proprietarii; se ciascuno ricava dalla cosa tanto vantaggio quanto ne ricaverebbe se fosse unico proprietario, la co-

---

(a) Quanto al marito ed alla moglie che figurano in un contratto unitamente con altri creditori o debitori, bisogna distinguere; s' essi non sono in comunione de' beni, o se sono separati di beni sia pel contratto di matrimonio sia posteriormente, ciascuno di essi ha interessi proprii e distinti; le loro azioni sono separate, ciascuno ha l' amministrazione de' suoi beni, e non acquista che per se solo. Essi debbono dunque senza contradizione contarsi per due persone, quando han presa la qualità di non comuni di beni. La separazione de' dritti e delle obbligazioni si fa tra loro come tra gli estranei che contrattano congiuntamente, ma senza solidalità. Questo principio è stato solennemente consacrato da due arresti consecutivi della cassazione di Francia, il primo del 12 marzo 1808, l' altro a sezioni riunite del 14 agosto 1813 (Sirey, an. 1813, pag. 443). Ma se il marito e la moglie sono in comunione di beni, essi non hanno allora che un solo e medesimo interesse, son riputati non stipulare nè promettere che per la persona morale della comunione. Il marito allora è tenuto alla totalità del debito, per esser egli il capo della comunione, salvo il suo regresso se vi ha luogo giusta l' art. 1814 † T. (Vedi Toullier, l. c. n. 718).

sa è indivisibile; nel caso contrario essa è divisibile, almeno mentalmente. Applichiamo ciò ad alcuni esempii. Sia un dritto di passaggio posseduto da quattro persone: è certo che ciascuna di esse trae da questo dritto tanto beneficio come se ne fosse unica proprietaria, poichè l'esercizio del dritto per parte di una di esse nulla pregiudica all' esercizio dello stesso dritto per parte dell' altra. Un dritto di passaggio è dunque cosa realmente indivisibile. Si può dire altrettanto di un cavallo che appartenga a quattro persone? Senza dubbio che no: Se i quattro proprietarii se ne servono ciascuno un giorno, ciascun di essi n'è privo durante tre giorni. Se poi se ne servono insieme, ciascuno non potrà fargli portare che il quarto del peso. Un cavallo è dunque cosa divisibile mentalmente.

Quanto all' obbligazione di fare, per dire se sia o no divisibile, bisogna prender l' inversa; cioè supporre più debitori ed un sol creditore. Se l'adempimento parziale dell' obbligazione procura al creditore lo stesso profitto che s'egli avesse una parte proporzionale nella cosa interamente eseguita, l' obbligazione è divisibile; altrimenti, è indivisibile. Esempio:

Sia l'obbligazione di fabbricare una casa di due piani sopra un dato terreno contratta da quattro persone. Supponiamo ora che l' una di esse pretenda aver soddisfatto alla sua parte fabbricando la metà di un piano. È manifesto che questa costruzione è ben lontana dal procurare al creditore lo stesso emolumento che s' egli avesse il quarto al totale in una casa di due piani interamente compita. L' obbligazione di fabbricare una casa è dunque indivisibile.

Sia ora contratto da quattro persone l' obbligo di lavorare dieci moggia di terra. Se una di esse ne ha lavorato per la sua parte due moggia e mezzo, è certo che il creditore ha sin d' allora lo stesso vantaggio che avrebbe possedendo un quarto in dieci moggia di terra lavorata; dunque quest' ultima obbligazione è divisibile.

Io confesso che questa materia è molto difficile, quantunque in generale non ne sia frequente l' applicazione. Perciò ho creduto ch' era meglio rischiararla con regole presso a poco sicure e con esempli proporzionati alla capacità di chiunque, anzichè condurre gli studiosi

nelle ambagi di una oscura metafisica ove il maestro egli stesso può facilmente smarrirsi (a).

(175) *Tal è l' obbligazione di fabbricare una casa.* Si può concepire l' obbligazione di fabbricare una casa contrattata per parte, se, per esempio, si è convenuto con un muratore per la fabbricazione, con un falegname pel legname, ec. Così potrebbesi a rigore convenire con tre persone che ciascuna di esse fabbricherebbe un piano.

Ma quando l' obbligazione è semplicemente di fabbricare una casa di tre piani, abbiamo veduto nella nota precedente che la sua parziale esecuzione non era al creditore così utile come s' egli avesse una parte nella casa interamente fabbricata; dal che abbiamo conchiuso questa obbligazione essere indivisibile.

(176) *Non renderebbe perciò l' obbligazione indivisibile.* Essa l' è tanto poco che se il creditore venisse a morire, ciascuno de' suoi eredi non potrebbe domandare che la sua parte, ed il debitore non potrebbe neppure fare un pagamento valido a ciascuno di essi che per la sua parte.

(177) *Come l' abbiamo veduto precedentemente.* V. al 3. vol. pag. 403 la nota 157 in fine.

(178) *Che per le porzioni loro spettanti nella eredità del loro autore*: per conseguenza per la loro quota creditaria e non per la parte virile, come sembra dirlo l' art. 873 + 794. Se dunque il creditore

---

(a) Questa materia ha fatto sempre spavento, ed ai giovani ed ai maestri di dritto. Il celebre MOLINEO nella sua opera *extricatio labyrinti dividui et individui* intraprese a sbrogliarla, ma non ostante che avesse assoggettato le leggi alle sue decisioni, pure non ebbe il dono di far comprendere quelle sue teoriche le più astruse e le meno intelligibili. POTHIER ne fece per sua istruzione un estratto, ma dispiace di non trovarsi in questo lavoro la solita sua chiarezza. « I redattori del codice, dice TOULLIER, l. c. » n. 749, han copiato il POTHIER, restringendo il suo lavoro in » pochi articoli, divenuti per questo stesso meno intelligibili; » ed in vece di limitarsi a tracciar delle regole chiare colla di» gnità di un legislatore che comanda, essi han cominciato co» me un dottore che insegna con definizioni astratte e poco e» satte, altrettanto più difficili a comprendersi per non esservi » addotto alcun esempio per rischiararle; in modo che lo spirito » posto sin dal principio nel vago e nell' oscurità non può con» cepire che idee confuse che non saprebbe sviluppare senza di » estraneo soccorso ».

ed il debitore son morti amendue, il debito si divide in ragion composta del numero de' loro eredi. Se l'uno ne ha due e l'altro tre, ciascuno degli eredi del debitore è tenuto per un sesto del debito verso ciascun erede del creditore, e ciò sia nel foro esterno sia nell' interno.

Quid, se il debito è di più cose congiuntamente? Bisogna distinguere: se trattasi di due cose determinate, la divisione si fa per parte di ciascuna delle cose che sono nella obbligazione. Se dunque l'obbligazione è di tale e di tal fondo, e che il creditore lasci quattro eredi, ciascuno di essi non potrà reclamare che il quarto di ciascuno de' due fondi, e non la metà dell' uno de' due; giacchè è possibile che il valore de' due fondi sia molto diverso. Ma se il debito è di due cose indeterminate, come di due moggia di terra, la divisione si fa numericamente; e ciascun erede potrà reclamare un mezzo moggio.

(179) *Dell' adempimento dell' obbligazione*. Bisogna conchiudere da ciò che il debitore ed il creditore potrebbero con un patto particolare convenire che uno degli eredi del debitore sarà solo incaricato dell' adempimento senza regresso contro a' suoi coeredi? Io non lo credo. La legge 56 §. 1. ff. *de verbor. obligat.* sta formalmente per la negativa. In effetti questa convenzione riguardo all' erede è *res inter alios acta*. Nè osta che l'erede è tenuto per gli obblighi del defunto; mentre non n'è tenuto che per la sua parte, essendo pel rimanente in realtà persona estranea e suscettibile dell' applicazione dell' art. 1119 ✝ 1073. Si dirà forse che il defunto si presume essersi obbligato pel suo erede? Ma noi abbiam veduto che questa clausola non astringe per nulla la persona per la quale si è alcuno obbligato: solamente se essa non ratifica, quegli che s'è obbligato debb' esser condannato ai danni ed interessi; ma questa condanna istessa nel nostro caso andrebbe divisa fra tutti gli eredi; e l'erede compreso nella clausola non ne sarebbe tenuto che per la sua parte. Dirassi ancora che questa è una condizione imposta all' erede? Ma una simile condizione la quale cambia le regole ordinarie relative al pagamento de' debiti fra' coeredi è una vera disposizione della eredità, la quale non può aver luogo che per testamento.

Mio parere è dunque che questa disposizione del codice debba essere intesa riguardo al caso in cui il titolo

dell' obbligazione è un testamento; se, per esempio, il defunto facendo un legato ha specialmente incaricato uno de' suoi eredi di adempirlo in totalità. È certo che se questo erede non è legittimario, o se il legato non intacca la riserva, il legatario ha l'azione pel totale contro dell' erede nominato. (a)

Sarebbe lo stesso qualora dopo la morte del debitore, uno degli eredi si fosse egli solo incaricato del pagamento del debito, sia coll'atto della divisione, sia con una convenzione particolare fatta col creditore; allora contra di questo erede si può agire pel totale, salvo il di lui regresso, se vi ha luogo.

Ma ciò che qui abbiam detto non si oppone forse alla decisione data nell' antecedente nota 65, cioè che un debitore può stipulare col suo creditore che questi per

(a) Il codice civile ha serbato silenzio sul caso in cui il testatore ha incaricato uno de' suoi eredi non solamente dell'*esecuzione* dell' obbligo, ma del peso di tutto il debito, senza regresso contro i suoi coeredi, perchè questo caso è un'eccezione alla divisione de' debiti; esso è un vantaggio fatto agli altri eredi. Ma il codice ha pronunciato sul caso in cui vi è eccezione al principio della divisione de' debiti quando *un solo degli eredi sia in forza di un titolo incaricato dell' adempimento dell' obbligazione* (1221 † 1174). Bisogna ben pesare queste ultime parole, e riflettere che il codice consacra qui l'opinione di Molineo e di Pothier, permettendo solamente al debitore d' incaricar per contratto un solo de' suoi eredi dell' esecuzione dell' obbligo, *salvo il suo regresso contra gli altri coeredi* (detto art. in fin.) ma per un resto di deferenza pel roman dritto, non ha punto permesso al debitore d' incaricare in forza di un contratto uno de' suoi eredi della totalità del debito senza regresso contra gli altri, come può farlo il testatore.

» Questo testo, dice Toullier, l. c. nella nota 3 al num. 773, » è talmente preciso ch' egli è sorprendente di vedere il signor » Delvincourt nelle note che ha fatto nel suo Corso del codice » sostener con sicurezza che il debitore ed il creditore non po» trebbero con una stipulazione particolare convenire che *uno* » *degli eredi del debitore sarà solo incaricato dell' adempimento* » dell' obbligazione. Quest' è andar direttamente contra il testo » della legge. Egli pensa che questo testo debba essere inteso nel » caso in cui il titolo dell' obbligazione sia per se stesso *un testa*» *mento*; ma ha egli riflettuto che l' art. 1221 è posto nel titolo » delle obbligazioni *convenzionali*? Come dunque e su qual fon» damento può egli limitarne la disposizione al caso di un testa» mento? Egli si fonda sulla l. 56, §. 1. ff. *de verb. oblig.* la » di cui disposizione era, come l' abbiam visto ne' numeri 416 e » seguenti, rigettata in Francia e quasi in tutta l' Europa. »

l' esecuzione dell' obbligo non agirà contra il tale de' suoi eredi ? No ; poichè abbiamo nello stesso tempo soggiunto che questo patto non impediva al creditore di rivolgersi contro degli altri eredi, ciascuno per la sua parte nell' esecuzione. Non v' è dunque nel detto caso alcuna persona che possa impugnare la stipulazione. Il creditore nol può, poichè andrebbe contro alla sua propria obbligazione. Gli altri eredi nol possono nemmeno, poichè la loro condizione non si trova peggiore di ciò che sarebbe stata se quel patto non avesse avuto luogo. Quindi l' erede ne profitterà, *non tam jure proprio*, *quam defectu juris alieni*. Nel caso della nota presente al contrario, risulterebbe dal patto un vero vantaggio in profitto di molti fra gli eredi a danno di un solo. Questi ha dunque interesse a dolersi ed a domandarne la nullità. Ora siffatto interesse basta per dargliene il dritto.

È ben inteso che le parti possono convenire che il debito non potrà essere parzialmente soddisfatto, come or ora il vedremo: ed allora ciascuno degli eredi del debitore è tenuto ad intendersi con i suoi coeredi per pagare il tutto in una volta, ovvero pagarlo egli stesso, salvo il di lui regresso. Ma si comprende che ciò non ha che fare col patto che sottoponesse l' uno de' coeredi e senza regresso all' adempimento totale dell' obbligazione.

(180) *Ancorchè tutte le cose comprese nell' obbligazione fossero divisibili.* Il n.o 3 dell' art. 1221 ✝ 1174 dice che il principio della divisibilità tra gli eredi del debitore soffre eccezione allorchè si tratti di debito alternativo di cose a scelta del creditore, delle quali una è indivisibile. Ma è chiaro che questa redazione non è interamente esatta. In effetti perchè si possa dire che avvi eccezione al principio della divisibilità, è d' uopo che si tratti di una obbligazione divisibile la quale non si divida tra gli eredi del debitore: ora ciò non è nel caso del n.° 3. dell' art. citato ; giacchè o il creditore sceglierà la cosa divisibile, ed allora si applicherà il principio delle obbligazioni divisibili senza modificazione, e ciascun erede del debitore non sarà tenuto che per la sua parte : o il creditore sceglierà la cosa indivisibile, ed allora si applicherà il principio delle obbligazioni indivisibili. Mi è dunque sembrato dover lasciare la redazione come trovasi nei miei *instituti*, uniforme a quella di Pothier,

n.° 312, e che contiene realmente una eccezione al principio della divisibilità. (a)

(181) *O della natura dell'obbligazione.* Se per esempio fu convenuto che anche in caso di morte, l'obbligazione non potrebbe essere parzialmente adempita.

(182) *O dalla cosa che ne forma l'oggetto.* Tal'è l'obbligazione di dare un cavallo, una carrozza o altre cose che non possono dividersi senza esser distrutte.

(183) *O dal fine che si è avuto di mira nel contratto.* Per esempio, l'obbligazione di dare un pezzo di terra di sufficiente grandezza per fabbricarvi una capanna del tale comprensorio, di pagare una somma di 3000 franchi della quale il creditore ha bisogno per uscir di prigione, ec. Tal'è pure l'obbligazione che il venditore contrae di consegnare e guarentire, e ciò quand'anche la cosa venduta fosse divisibile. (L. 85, §. 5, e l. 139. ff. *de verborum obligatione.*) V. in seguito le note al titolo *della vendita.*

(184) *Salvo ad esso il regresso contro i di lui coeredi.* Pothier, n.° 316, avea detto che il creditore doveva rivolgere la sua domanda contra tutti gli eredi e per la parte di ciascuno; ma che nessuno tra essi poteva pagare e nemmeno offrire validamente la sua parte, se non quando i coeredi pagassero ovvero offrissero nel tempo medesimo la loro. Il codice ha deciso per l'opposto, che la domanda può essere validamente formata contro di un solo, salvo il regresso, se vi ha luogo. Bisogna convenire che la decisione di Pothier è più analoga ai veri principii. Noi abbiam provato nella nota 179 che il debitore ed il creditore non potevano con le loro convenzioni cambiar la natura dell'obbligazion dell'erede, e che ne risulterebbe una modificazione del dritto di succedere la

(a) Il codice esige due condizioni per applicar l'eccezione del num. 3. dell'art. 1221 † 1174. La prima, che l'una delle cose che fanno l'oggetto del debito alternativo sia indivisibile; la seconda, che la scelta appartenga al creditore. Qual'è dunque domanda Toullier, l. c. n. 764, il senso di questa disposizione non solo inesatta, come dice il nostro autore, ma veramente oscura? Esso ci viene indicato da Bigot nella *esposizione de' motivi* ec. » Se si tratta, dic'egli del debito alternativo di cose a scelta del » creditore, e di cui una sia indivisibile, gli eredi non potreb» bero reclamare una divisione che sarebbe contraria al dritto » che ha il creditore di scegliere, o alla scelta ch'egli ne avesse » fatta. »

quale non può aver luogo che per testamento. Qui il codice pare decidere il contrario, poichè sembra obbligare gli eredi solidalmente, e dare al creditore il dritto di ripetere il totale dall' uno di essi, salvo regresso. Io però stento a credere che la mente del legislatore sia stata di stabilire una vera solidalità, e di rendere quindi l' erede contro il quale si agisce responsabile dell' insolvibilità de' suoi coeredi. Dapoichè, lo ripetiamo, sarebbe una disposizione della successione, una deroga al dritto dell' erede, il che non può farsi con una convenzione. E neppur credo che l' interrompimento della prescrizione riguardo ad uno degli eredi produca lo stesso effetto riguardo a tutti. La mia opinione adunque sarebbe che queste parole, *ciascun erede può esser convenuto pel tutto*, debbono intendersi nel senso ch' egli non può sdebitarsi parzialmente, e che ove il voglia, è obbligato o ad intendersi con tutti i suoi coeredi perchè paghino la totalità, o a pagarla egli stesso, talmente che fino a quanto non sia fatto tal pagamento, si può agire contro di lui, salva però l' insolvibilità de' suoi coeredi della quale egli non debb' essere risponsabile. Io poggio questa interpretazione, prima sui principii sopra enunciati e da' quali nulla annunzia che il legislatore abbia voluto allontanarsi; e quindi sulle parole del legislatore medesimo, il quale nel discorso con cui fu presentato il titolo ***delle obbligazioni*** dice formalmente, che nel caso proposto, non è l' obbligazione ma il pagamento ch' è a carico del debitore. Ora se l' insolvibilità del coerede andasse a conto di colui che ha pagato, l' obbligazione sarebbe a suo carico. (Vedete inoltre la nota 203.) Del rimanente, in tutti i casi, l' erede contro al quale si agisce farà da prudente se chiama in giudizio i suoi coeredi onde sia pronunziato sull' azion di regresso con la stessa sentenza. Altrimenti, se i coeredi venissero a contrastare il debito ed a provare ch' essi avevano buone ragioni per ricusare il pagamento, egli sarebbe decaduto dal regresso, e non gli rimarrebbe che l' azion di ripetizione contro del creditore, azione che potrebbe divenir nulla per l' insolvibilità di costui.

Osservate che in tutti questi casi quella specie d' indivisibilità che risulta dalle disposizioni della legge non ha luogo che riguardo agli eredi del debitore. Se per l' opposto il defunto è il creditore, il credito si divide di

pieno dritto fra i di lui credi, ciascun de'quali non può domandare che la sua parte, nè altro che la sua parte può il debitore pagare a ciascuno, salvo ad essi l'intendersi tra loro onde ricevere il pagamento, se la cosa non può fisicamente dividersi, o nol può senza qualche inconveniente. (a)

(185 *Allorchè il debito è divenuto divisibile per la di lui morte* : Se per esempio un solo degli eredi ha acqnistato le parti, o è divenuto egli stesso erede di tutti gli altri. (*Discorso dell' oratore del governo.*) Si opporrà forse a questa decisione che il fatto della riunione in una sola mano di tutte le parti del credito non può pregiudicare al dritto che il debitore aveva acquistato di pagar il debito per parte. Ma bisogna badare che la divisibilità tra gli eredi del creditore non è stabilita nell' interesse del debitore, ma degli eredi medesimi ai quali importa ricevere ciascuno direttamente la loro parte nel debito. Del pari la divisibilità tra gli eredi del debitore non è stabilita in favore del creditore, ma degli credi stessi i quali hanno interesse a liberarsi ciascuno separatamente; dunque quando questi diversi interessi cessano d'aver luogo, la divisibilità ha da cessare egualmente d' aver il suo effetto. (Montvallon, *delle successioni*, cap. 3, art. 47.) Sarebbe altrimenti se il debito fosse stato fin dal principio diviso; come se fosse stato contratto da o con più persone. In questo caso sono altrettanti debiti o crediti differenti, sul pagamento separato de' quali ciascun debitore ha potuto contar dal principio. La sua condizione non deè peggiorare perchè piacque ad uno de' creditori, per esempio, di comprare le parti di tutti gli altri.

(a) La scelta riguardo alle obbligazioni alternative o indeterminate è indivisibile nella persona degli eredi così del creditore che del debitore, giusta il sentimento di Toullier, l. c. n. 765. Debbon costoro riunirsi per convenire della scelta o tirar la sorte affine di non dare o domandare parte di una delle cose, e parte dell' altra. Se l' obbligazione comprende sotto un' alternativa cose divisibili ed indivisibili, la *divisibilità* o *indivisibilità* del debito dipende dalla scelta degli eredi del debitore, e de quei del creditore quando la scelta sia a questo deferita: ed esso è divisibile se la scelta cade sulla cosa divisibile; nel caso contrario esso è indivisibile. Ma gli eredi del debitore non possono privare il creditore della scelta che gli è deferita sul pretesto che il debito dovendo dividersi fra loro, egli non può scegliere che la cosa divisibile.

(186) *Può esigerne il pagamento per la totalità del credito.* Osservate che malgrado che una cosa indivisibile non possa pagarsi per parte, nondimeno la donazione di questa medesima cosa può essere ridotta se vi ha luogo. Se per esempio una servitù fu legata e che trovandosi intaccata la riserva vi sia luogo a ridurre i legati, si valuterà il danno che l' imposizione della servitù dee cagionare al fondo serviente; ed il legatario non sarà messo in possesso della servitù che pagando nell' apprezzo una parte proporzionata alla deduzione generale. (V. la nota 71 all' antecedente titolo Vol. V. pag. 64.)

(187) *Che per la porzione di cui questo erede è tenuto.* (Vedete la nota 134 precedente.)

(188) *Ma eziandio e pel totale ec.* Il creditore avendo potuto domandare la totalità a ciascun de' coeredi, ed avendola in effetti domandata all' uno di essi, non si può dire ch' egli non ha usato del suo dritto e che non ne ha usato per la totalità.

(189) *Che non possa esser soddisfatto che da lui solo*, se per esempio è quistione di un dritto di servitù da imporre su di un fondo che gli è toccato nella divisione col peso ch' egli soffrirebbe la servitù.

Noi diciamo col peso *ch' ei soffrirebbe la servitù*, giacchè la sua sola qualità di detentore non gli toglierebbe il dritto di domandare l' intervento de' suoi coeredi nel giudizio quando non fosse che per sapere se hanno essi intenzione d' impugnar la domanda, o qualche valido mezzo da opporre al creditore, ec.

(190) *L' intera esecuzione dell' obbligo.* Quindi il debitore non potrebbe liberarsi offrendo il rimanente del prezzo ai coeredi che non han fatta la remissione. Ciascun di loro è creditore della cosa e non del prezzo: e colui il quale ha fatto la remissione non ha potuto pregiudicare al dritto degli altri eredi. Le stesse disposizioni hanno luogo allorchè il debitore è divenuto erede parziale del creditore.

Quid, se la remissione è stata fatta dal creditore ad uno degli eredi del debitore? Io penso che in questo caso l' obbligazione è estinta. (Argom. tratto dagli art. 1284 † 1238 e 2249 † 2155).

(191) *Il valore.* Ma se per esempio l' obbligazione è di somministrare una servitù, come sarà determinato il valore della porzion di colui che ne ha fatto la remissio-

ne? Sarà dietro il vantaggio che lo stabilimento della servitù procura al fondo dominante, ovvero dietro il danno che ne risulta pel fondo serviente? Ciò può essere di molta importanza. È possibile che un dritto di prospetto o di passaggio sia poco pregiudizievole al fondo serviente e nel tempo stesso utilissimo al dominante. Io credo che il valore debb' essere stimato relativamente al fondo dominante. In effetti ove si supponga che colui il quale ha promessa la servitù siasi pel suo fatto posto nell' impossibilità di adempire la sua obbligazione, egli sarà condannato ai danni ed interessi. Ora come questi si apprezzeranno se non a tenore del vantaggio che sarebbe risultato al fondo dominante dallo stabilimento della servitù? (Art. 1149 † 1103). Se in tale stato il creditore gli facesse remissione dell' obbligo, questa dovrebbe esser supposta di un valore eguale a quello de' danni ed interessi, vale a dire al valore della servitù calcolata ne' suoi rapporti col fondo dominante. Dunque nel nostro caso la stima debbe aver luogo nel medesimo senso: nè osta ciò che abbiam detto nella nota 186; giacchè ivi si tratta di una donazione che debb' essere ridotta per completar la legittima. Ora dai principii della materia risulta che non si dee considerare in questo caso il vantaggio che il donatario ha potuto ritrarre dalla donazione, ma solamente il pregiudizio ch' essa ha cagionato al donatore e la diminuzione che n' è risultata ne' suoi beni (a).

(192) *L' obbligazione penale lo è egualmente.* Se per esempio l' obbligazione principale è assolutamente o fisicamente impossibile. Non sarebbe lo stesso qualora la nullità dell' obbligazion principale provenisse dalla mancanza di legame. Mentre allora questa mancanza trovan-

---

(a) Il nostro autore in questa e nelle quattro altre precedenti note rinchiude tutta la spiega dell' *obbligazione assolutamente indivisibile*, che Toullier confessa di non aver potuto mai comprendere non ostante lo studio che ha fatto su Molineo e Pothier del quale dà conto ai suoi lettori; e dopo d' avervi impiegato tutto il §. 11 della sez. V. cap. IV. di questo titolo conclude facendo de' voti perchè, nella revisione che si attende, questa dottrina astrusa dell' indivisibilità sia dalle leggi civili bandita come una teoria tutta almeno inutile nella pratica, e desiderando che, conservato il principio tanto antico della divisione delle obbligazioni, si limitino i revisori ad indicar chiaramente i casi di eccezione.

dosi supplita dalla clausola penale, l' obbligazione principale diviene valida; quindi la clausola penale è valida egualmente. Se dunque io stipulo con voi che darete la vostra casa a Pietro, e che nella ipotesi io non abbia alcun interesse pecuniario perchè questa convenzione abbia luogo, il vostro obbligo è nullo per mancanza di legame, giacchè voi potete contravvenirvi impunemente. Ma se io aggiungo che qualora voi non diate la vostra casa a Pietro, darete a me 10000 franchi, le due obbligazioni divengono valide, l' una come principale, l' altra come accessoria. (V. la nota 60.)

(193) *Egli non può domandare nel tempo istesso la cosa e la pena. Quid* se ho stipulato con Pietro una clausola penale nel caso in cui volesse ritornar contra un atto anteriormente da lui sottoscritto? Egli è certo che se il primo atto era rescindibile, la clausola penale consentita da Pietro equivale ad una ratifica. In questa circostanza se Pietro domanda la rescissione dell' atto, potrò io opporgli questa ratifica, e dopo che l' avrò fatto dichiarare non ammessibile, esigere ancora l' esecuzione della clausola penale? Non sarebbe questo domandare nel tempo stesso la cosa principale e la pena? Le leggi romane sembrano contradirsi su questo punto. La legge 10. §. 1, ff. *de pactis*, decide che se il creditore ha opposto l'eccezione del patto, non può domandare la pena. Il contrario pare deciso dalla legge 122 §. 6, ff. *de verborum obbligation.* e da altre. Io son d' avviso nulladimeno che queste diverse leggi possono conciliarsi con una distinzione la quale nel tempo stesso conterrà la risposta alla quistione presente.

O la clausola penale ebbe per motivo d' indennizzare il creditore del danno che potrebbe cagionargli la rescissione dell' atto, o solamente di fargli evitare una lite. Nel primo caso, se il creditore ha opposto l' eccezione del patto di ratifica risultante dalla clausola penale, egli non potrà più domandare l' esecuzione di questa medesima clausola; mentre, poichè supponiamo che il patto penale avea per principale motivo d' impedire l' annullamento dell' atto, il non annullamento è dunque in questo caso il principale. Ora allorchè opponendo il secondo patto il creditore ha ottenuto che il primo contratto non sarebbe annullato, egli ha il principale. Egli non può dunque esigere la pena. Questo è il caso della legge 10. §. 1. *de pactis.*

Ma quando la clausola penale ebbe per motivo lo schivare un processo, tostochè il processo ha avuto luogo, il creditore non ha ottenuto il principale; egli può dunque esigere la pena. Ma come si riconoscerà qual fu l' oggetto delle parti allorchè consentirono alla clausola penale? Si guarderà principalmente alla natura dell' atto pel mantenimento del quale la clausola penale fu aggiunta. Se per esempio quest' atto è una transazione, siccome la transazione suppone nelle parti il desiderio di evitare le liti, desiderio che le ha portate a fare scambievoli sacrificii onde perveuirvi, si presumerà facilmente che la clausola penale ha avuto per motivo d' impedire anche qualunque controversia. Questo è il caso della legge 122 §. 6, ff. *de verb. obligat.*, la quale debb' essere intesa nel senso della legge 16 ff. *de transactionibus*. (V. a questo soggetto l' art. 2047 + 1919 del cod. ed al 3 vol. la nota 12 della pag. 133) (a).

(194) *Dal momento che il debitore è in mora.* Per conoscere quando il debitore è in mora veggasi il capitolo seguente sez. 1.

(195) *Tosto che la cosa è stata fatta.* Ma se la co-

(a) La pena imposta nelle transazioni ha il doppio oggetto di distornare l' impugnazione, e d' indennizzare l' altra parte dell' imbarazzo e delle spese che gli cagiona la nuova lite nella quale la trascina il suo avversario. Ma la pena debb' esser pagata da quegli che impugna la transazione prima che sia la sua domanda ammessa? S' essa debb' esser pagata, sarà restituita nel caso che la transazione sarà riformata? Se non è stata pagata prima dell' introduzione dell' istanza, la sentenza che rigetta la domanda dee dippiù condannare al pagamento della pena?

Toullier, loc. cit num. 819, propone queste quistioni e nel numero 829 e seguenti le risolve. Egli crede che la pena è incorsa ed esigibile dal momento che la transazione è infranta, e'l giudice che si permettesse rinviare al giudizio del merito il pronunciarvi controvverrebbe alla legge del contratto; che la pena è irrevocabilmente incorsa pel solo fatto di colui che ha mancato di eseguire la transazione, e non si dee restituire nel caso in cui la transazione fosse rescissa anche nella totalità, per esser la pena stabilita non contra di colui che succumberà nell' impugnar la transazione, ma contra quegli che l' impugnerà, e farà con ciò soffrire all' altro i dispiaceri d' una lite che si voleva evitare e prevenire. Nè vi è altra eccezione a questo principio che il caso in cui la transazione sarebbe rescissa per un vizio che ne operasse la nullità radicale. Ma anche quando la transazione fosse impugnata come nulla, non si potrebbe sospendere il pagamento della pena.

sa quantunque fatta non ha avuto effetto, la pena può essere esatta? Cotal questione va decisa dietro l'intenzione delle parti relativamente a ciò che forma l'oggetto del contratto. Così, voi avete una casa vicino alla mia, ed io convengo con voi che non potete affittarla ad un artefice che adopri martello. Voi l'affittate ad un chiavettiere. Ma per un avvenimento qualunque l'affitto rimane senza verun effetto; la pena non è dovuta, poichè non è l'atto del fitto che io ho avuto in vista, ma soltanto l'incomodo che potrebbe cagionarmi la vicinanza dell'artefice. (V. la legge 6. ff. *de servis exportandis*). Ma se, come l'abbiam detto nella penultima nota, io ho stipulato con voi una pena, nel caso in cui contraddirete ad una transazione fatta tra noi; che voi l'abbiate effettivamente impugnata e che abbiate perduta la causa; la pena non sarà meno dovuta, poichè era l'imbarazzo e l'inquietudine di una lite che io voleva evitare. Questa è la decisione della legge 122 §. 6. ff. *de verb. obligat.*

(196) *Talmentechè non è tampoco in facoltà del giudice di nulla aggiungervi o diminuirvi.* Ciò è rigoroso ma giusto. D'altronde si è voluto evitare l'arbitrio (a).

Bisogna eccettuare però il caso in cui l'obbligazione principale sarebbe di pagare una somma. Non può allora stipularsi una pena maggiore dell'interesse legale. (Art. 1153 † 1107): e se fu stipulata maggiore, debb'essere ridotta a questa misura.

(197) *Se l'obbligazione principale è stata in parte eseguita.* Ciò non contradice al principio dell'art. 1244 † 1197 il quale stabilisce che il debitore non può fare pagamento parziale. Dapoichè primieramente può farne col consenso del creditore. In secondo luogo egli è possibile, ed è anzi il caso il più frequente allorchè vi ha una clausola penale, che l'obbligazion principale sia una obbligazione di fare. Ora questa obbligazione non potendo ordinariamente adempirsi che per successione di tempo, può accadere che il debitore non abbia fatto che il terzo o il quarto di ciò ch'egli s'era obbligato di fare, e che vi sia luogo in conseguenza ad applicar l'art. 1231 † 1184.

Osservate esser possibile che l'obbligazione princi-

(a) Veggasi su di ciò Toullier, l. cit. n. 810 e seguenti.

pale sia indivisibile sotto qualche rapporto, e che non pertanto nel fatto essa sia stata eseguita in parte: il che può aver luogo se per esempio si tratta di una servitù divisibile *effectu*, come è stato detto alla nota 156 al tit. 3 del Lib. II. Vol. III, pag. 403. In questo caso se il fine pel quale la servitù fu stipulata si trova in parte adempito, la pena non sarà dovuta che per parte.

(198) *Così vi potrebbe* : ciò è lasciato all'arbitrio del giudice. Potrebbe accadere che l' obbligazion principale fosse adempita in gran parte, e che non pertanto il creditore avesse dritto di esigere tutta la pena. Ciò sarà principalmente nel caso in cui la cosa che forma l' oggetto dell' obbligazione non può essere di alcun vantaggio finchè non sia interamente finita. Così, essendo io prossimo a sgomberare, ho convenuto con un architetto che mi fabbricherebbe una casa della tale maniera, e che me la consegnerebbe alla tal epoca, sotto la tale pena. È chiaro che la pena potrà essere richiesta per intero, se la casa non è abitabile nell' epoca determinata, ancorchè la fabbrica ne fosse molto inoltrata; poichè in effetti per colui che vuole abitarvi, una casa la quale non è abitabile è come non esistesse (a).

(199) *E per la parte soltanto. Quid*, se la pena è indivisibile quantunque l' obbligazione principale sia divisibile, come se si è stipulato che la tal cosa divisibile sarebbe fatta, e che in caso d' inadempimento, sarebbe accordato al creditore, a titolo di danni ed interessi un dritto di prospetto o di passaggio? In questo caso la pena può esigersi per intero, ma a carico del creditore di addebitarsi verso chi si appartiene il valore della servitù, per le parti di coloro che hanno adempita l' obbligazione principale. (Argomento tratto dall' art. 1224 + 1177.)

(200) *Perchè facciasi luogo all' applicazione in totalità.* Tosto che l' obbligazione primitiva è indivisibile, basta che uno degli eredi contravvenga, perchè il cre-

(a) Avvertite che la riduzion della pena non essendo relativa che al privato interesse de' contraenti, essi possono derogare alla disposizione che permette al giudice di modificare la pena, e stipulare che non potrà esserla quand' anche l' obbligazione primitiva si fosse in parte adempita. Il giudice non potrebbe allora modificar la pena senza violar la legge del contratto (V. Toullier, l. c. n. 839.)

ditore sia privato interamente del beneficio dell' obbligazione, ed abbia per conseguenza il dritto di esigere la pena intera.

Quid, se nel caso di una obbligazione principale indivisibile, la contravvenzione ha avuto luogo riguardo ad uno degli eredi del creditore soltanto; per es. se essendo promesso un dritto di passaggio, ad un solo degli eredi è stato impedito il passare? La legge 2, §. 6, ff. *de verbor. obligat.* decide che *stricto jure* la pena dovrebbe potersi domandare per l'intero, ma che però *ex aequitate* non può esigersi che da colui riguardo al quale ebbe luogo la contravvenzione, e solo per la sua quota ereditaria.

(201) *Per la sua quota e porzione.* Ma, si dirà, è massima che la perdita della cosa dovuta, quantunque cagionata pel fatto di uno de' coeredi, libera tutti gli altri (L. 48, §. 1, ff. *de legatis* 1.), e ciò, si soggiugne, perchè gli eredi sono indubitatamente responsabili de' fatti del defunto, ma non di quelli de' loro coeredi. Sembrerebbe dunque che nel caso dell'art. 1232 ✝ 1185, l'opposizione di uno degli eredi rendendo impossibile l'adempimento dell'obbligo, gli altri coeredi esser dovrebbero liberati.

A questa obiezione si può rispondere, che l'impossibilità di eseguire l'obbligazione non libera il debitore, come l'abbiamo veduto, se non quando è assoluta: poichè se fosse impossibilità relativa, cioè se la cosa fosse possibile in se stessa, quantunque impossibile al debitore, questi è tenuto. Ora nel caso in cui si tratta, per esempio, della tradizione di un fondo promesso in un intervallo determinato sotto una pena qualunque, tradizione alla quale si ricusa l'uno de' coeredi, è manifesto che la cosa non è assolutamente impossibile, poichè senza la detta opposizione verrebbe eseguita. Questa opposizione adunque non dee liberare gli altri coeredi, poichè il testatore egli stesso, qualora vivesse, non sarebbe liberato pel fatto di un estraneo che gli avesse impedito di adempiere la sua obbligazione.

(202) *Direttamente e per la totalità.* Si dà questa facoltà al creditore per evitare il circuito di azioni.

(203) *Non potesse essere parzialmente eseguita.* Esempio: voi mi fornirete cento botti di vino di qui al tale tempo con una sola consegna, altrimenti mi pagherete

300 franchi. Ciò rientra assolutamente nel caso delle note 200 e 201, e conferma l' interpretazione da noi data nella nota 184; giacchè qui si dice formalmente essere stata intenzione delle parti che il debito non potesse parzialmente soddisfarsi; e non pertanto il creditore non ha realmente l' azione *in solidum* che contro del coerede il quale ha impedita l' esecuzione; ed egli non ha azione contro degli altri che per la quota e porzione di ciascuno. Questi ultimi dunque non sono risponsabili della loro insolvibilità rispettiva.

(204) *Dell' effetto delle obbligazioni convenzionali.* Quantunque sembri non esser qui parola che delle obbligazioni convenzionali, nondimeno i principii contenuti in questo capitolo sono generali, e si applicano egualmente alle obbligazioni che si formano senza convenzioni per quanto ne sono suscettibili.

(205) *Non possono essere rivocate che o per mutuo loro consenso.* Vedremo al cap. V. come ed in quali casi il consenso contrario può estinguere l'obbligazione. (a)

(206) *Non possono pregiudicare giammai.* Si eccettuano da questa disposizione i *concordati* o contratti di

---

(a) Poichè i contratti formano legge tra le parti si è domandato se un giudicato in ultima istanza che viola apertamente le clausole di un contratto o che ne snatura l' essenza sia o no sottoposto a cassazione. Toullier, l. c. n.° 193. esamina profondamente questa quistione, e dopo d'aver rapportato l' arresto emesso a sezioni riunite dalla cassazione il 2 febbrajo 1808, conclude che bisogna distinguere. Se non vi esiste legge che determina l'essenza del contratto che si pretende violato o snaturato, non vi è luogo a ricorso per cassazione: la decisione è irrevocabile come nel caso in cui i giudici han commesso un errore evidente sul fatto. Al contrario, se vi esiste una legge che determina l' essenza del contratto violato o snaturato da un giudicato in ultima istanza, esso debb' esser cassato, poichè allora la legge stessa è violata, perchè l' ordine pubblico è interessato perchè sia essa eseguita ed interpetrata in un modo uniforme, perchè se i giudici potessero impunemente disobbedir alla legge, o cambiarla interpretandola, essi invaderebbero evidentemente il potere legislativo sostituendo la loro volontà a quella del legislatore. Quindi qualunque decisione che per eludere una legge proibitiva snatura l'essenza d' un contratto determinato dal legislatore, trasformandolo con una falsa interpetrazione in contratto di altra specie, o che pronuncia che un contratto non ha i caratteri designati dalla legge per farli annullare, abbenchè li abbia realmente, non è un semplice mal giudicato, ma contravviene alla legge e merita di esser cassata.

proroga (*d' atermoiement*) che sono i trattati fra i creditori deliberanti ed il debitore fallito, nè quali un numero di creditori formanti la maggioranza e rappresentante i tre quarti delle somme dovute può astringere la minorità ad acconsentire alle remissioni e condizioni acconsentite dal maggior numero. (Codice di commercio art. 519 † 511.) Ma bisogna dire che in questo caso non è propriamente parlando la convenzione fatta con la maggioranza dei creditori che obbliga la minorità, è piuttosto il giudice il quale si presume consultare i creditori intorno a ciò ch'è più vantaggioso a farsi per la massa, ed il quale determinandosi dietro l' avviso de' più che rappresentano i tre quarti de' crediti, obbliga il minor numero ad aderire alle condizioni convenute. In effetti il trattato non diviene obbligatorio per quelli i quali non l'hanno sottoscritto che in seguito dell' omologazione pronunziata dal tribunale, dopo che le opposizioni sono state prodotte e giudicate. (*Ibid.* art. 524 † 516.) D'altronde il fallimento stabilisce una specie di società tra tutti i creditori del fallito: ora in materia di società è convenevole che il numero minore sia tenuto a conformarsi al voto del numero maggiore. (Argomento tratto dall' art. 220 † 207 del detto codice.)

(207) *E che ha dichiarato volerne profittare.* (V. la nota 115 all' antecedente titolo, vol. V. pag. 240.) È lo stesso quando un terzo ratifica una convenzione nella quale altri s' è obbligato per lui.

(208) *Giovano ai fidejussori o agli altri condebitori.* (V. gli art. 1285 † 1239, 1287 † 1241, 1355 † 1319.)

(209) *Alla persona del debitore medesimo.* Quindi i creditori non potrebbero esercitare in nome del loro debitore un' azione per ingiurie, un' azione di revoca per causa d' ingratitudine.

Quid, per sopravvenienza di figli? Essi non hanno bisogno di domandare la revoca la quale ha luogo di pieno dritto. Possono dunque rivendicare i beni in nome del loro debitore e come a lui appartenenti, facendoli quindi sequestrare pel pagamento de' loro crediti.

Per la stessa ragione i creditori d' una donna maritata non potrebbero in di lei nome agire per la separazione di beni. (Art. 1446 † 1410.) Qualora però il

marito si renda decotto essi potranno venire ad esercitare nel fallimento i diritti della loro debitrice.

Ma i creditori potrebbero essi intentare l'azione per reclamazione di stato, la quale appartenesse al loro debitore? Inclinerei volentieri all'affermativa: non già che lo stato civile non sia un diritto puramente personale; ma siccome il più sovente non si reclama lo stato che come un mezzo di acquistare de' diritti pecuniarii, non veggo perchè i creditori, senza elevare precisamente la quistione di stato, non potrebbero contentarsi di reclamare i diritti appartenenti al loro debitore, e se i convenuti onde respingere questa domanda, impugnassero lo stato di quest' ultimo, essi non sarebbero ammessi a provarlo, come il debitore egli stesso. In questo caso la quistione di stato non sarebbe riguardata che come un mezzo adoperato, sia dall' attore sia dal convenuto, in appoggio della quistione principale.

(210) *Impugnare.* In qual termine? L' articolo tace a questo proposito. Presso i Romani l' azione Pauliana non durava che un anno, il quale si computava dal giorno in cui i beni del debitore erano stati venduti. Presso di noi nel silenzio della legge bisogna dire, analogamente all' art. 1304 + 1258, che l' azione de' creditori la quale è rescissoria, dee durare dieci anni. Ma da qual epoca decorrerà questo decennio? Siccome i creditori non possono intentar azione contra i terzi che in caso d' insufficienza de' beni del debitore, e che non può la prescrizion d' un azione decorrere prima ch' essa sia nata (art. 2257 + 2163), io credo che i dieci anni non debbano cominciare che dal giorno in cui è divenuto certo che il debitore non era solvente; il che è lasciato all' arbitrio del giudice.

(211) *Gli atti.* Bisogna intendere per essi tutti i mezzi pe' quali il debitore ha potuto non solamente diminuire il patrimonio in pregiudizio de' suoi creditori, ma benanche privarsi de' beneficii che poteva legittimamente ottenere; ed in ciò il nostro dritto si mostra a' creditori più favorevole del romano il quale non accordava l' azione rivocatoria, detta Pauliana, che contro gli atti co' quali il debitore diminuiva l' attuale suo patrimonio, e non già contra l' ommissione de' guadagni che avrebbe potuto fare. (V. la nota 189 al tit. 3 del lib. III, vol. IV, pag. 255.) Ma io penso che bisogna

eccettuare, come si è detto nella nota precedente, gli atti relativi ai dritti puramente personali al debitore. Appunto dietro tal principio noi abbiamo deciso al tit. 8 del primo libro nota 21 (vol. II. pag. 401 , che i creditori del padre non potrebbero far annullare l'emancipazione ch'egli avesse fatta de' proprii figli , pel motivo che questa emancipazione lo priva del godimento de' loro beni ; ma noi abbiamo aggiunto altresì che se il padre non potendo emancipare i suoi figli a cagione della loro età , facesse loro la remissione dell' usufrutto legale che gli è conceduto , questa remissione poteva esser impugnata dai suoi creditori.

(212) *In frode o in pregiudizio de' loro dritti.* L'art. 1167 † 1120 dice solamente *in frode de' loro dritti.* Le leggi romane , come lo abbiamo avvertito, ammettevano una distinzione tra gli atti a titolo oneroso e quelli a titolo gratuito. I primi non potevano impugnarsi che quando vi fosse frode *ex utraque parte* ; ma per gli altri bastava la frode dalla parte del debitore soltanto. Si è ammessa questa distinzione nel dritto francese , come lo prova l'art. 444 † 436 del codice di commercio , salvo che per gli atti di disposizione a titolo gratuito noi non esigiamo assolutamente che vi sia frode , basta che vi sia pregiudizio pei creditori (articoli 622 † 547 , 788 † 705, e 2225 † 2131) ; o piuttosto si presume la frode sol perchè vi è pregiudizio : il che rientra del resto nello spirito delle leggi romane medesime : *in fraudem creditorum manumittere videtur qui vel jam eo tempore quo manumittit solvendo non est , vel qui datis libertatibus , desiturus est solvendo esse* (§. 3 , *Instit. qui et ex quibus caus. manumit. non possunt*) : il che prova che presso i Romani medesimi , nel caso di disposizione a titolo gratuito , non era necessario che la frode fosse provata : essa era presunta sol perchè il debitore non era solvente , sia che l'insolvibilità esistesse già nel momento della donazione sia che fosse l'effetto della donazione medesima.

La disposizione dell' art. 1167 † 1120 trova d'altronde la sua applicazione in parecchi articoli del codice di commercio , alcuni de' quali , già enunciati , gioverà qui ricordare.

1. Qualsivoglia somma pagata dal fallito nè dieci giorni che precedono l'apertura del fallimento per debi-

ti commerciali non iscaduti, si dee restituire. (codice di commercio art. 446 † 438.)

Ne' *dieci giorni* : *quid* de' pagamenti fatti dopo i dieci giorni, vale a dire dopo l' apertura del fallimento? Essi a più ragione son nulli, e le somme debbono essere restituite ancorchè si trattasse di debiti scaduti. Il pagamento è un atto traslativo della proprietà della cosa pagata. (Art. 1138 † 1092.) Ora dal giorno dell' apertura del fallimento, il fallito è di pieno dritto spogliato dell' amministrazione di tutti i suoi beni. (Codice di commercio art. 442 † 434.) Tanto maggiormente non può egli alienare.

Per debiti commerciali. Quid riguardo ad un debito non commerciale? (V. la nota 119.) Aggiungete non essersi probabilmente parlato che di debiti commerciali, poichè si è pensato che in un codice di commercio non si dovea trattare se non di questa specie di debiti, e inviare per gli altri al dritto comune.

Non iscaduti (V. la stessa nota 119.)

Quid, se il debito è scaduto? Il pagamento è valido. Non si ha nulla da imputare a chi riceve ciò che gli è dovuto ai termini stabiliti dalla convenzione, (Savary, *parère* 39) purchè, come l' abbiamo detto, il pagamento sia fatto prima dell' apertura del fallimento.

Quid, riguardo ai pagamenti fatti al fallito con anticipazione? L' art. 417 † 439 del cod. di commercio decide che qualunque atto o pagamento fatto in frode de' creditori è nullo, senza distinguere tra i pagamenti fatti al fallito o dal fallito. La quistione è dunque lasciata interamente all' arbitrio del giudice. V' ha però un caso in cui un pagamento anticipato fatto al fallito è dichiarato nullo di diritto senza che sia necessario provare alcuna cosa. L' art. 1753 † 1599 del codice civile stabilisce che il subaffittuale non può opporre al proprietario, che sequestra nelle sue mani ciò che deve al principale affittuale, i pagamenti fatti anticipatamente a quest' ultimo, ammenochè non siano stati fatti in conseguenza di una stipulazione inserita nell' affitto o della consuetudine de' luoghi.

2. Niuno può nel medesimo intervallo di tempo, acquistare privilegio nè ipoteca sopra i beni del fallito. (Cod. di comm. art. 443 † 425). Bisogna conchiudere da ciò che l' iscrizione fatta ne' dieci giorni d' un pri-

vilegio o d' una ipoteca anteriormente acquistata sarebbe nulla ? Noi tratteremo simile quistione nel titolo *de' privilegii e delle ipoteche.* (V. al Lib. IV tit. IX la nota 163).

3. Se degli oggetti immobili sono stati alienati dal fallito a titolo gratuito ne' dieci giorni, l' alienazione è nulla e senza effetto relativamente alla massa de' creditori. Ma se l' alienazione è a titolo oneroso, non è soggetta ad essere annullata che quando sia provata la frode. (*Ibid.* art. 444 † 436).

Degli oggetti immobili. Perchè l' articolo non parla che di donazioni di proprietà di beni stabili ? (V. la nota 20 dell' antecedente titolo vol. V pag. 198).

L' alienazione è nulla, senza che sia necessaria altra prova fuorchè quella di essere stata fatta entro i dieci giorni. *Quid* se fosse anteriore ai dieci giorni ? Converrebbe allora provare la frode almeno dalla parte del donante, val quanto dire, bisognerebbe provare che all' epoca della donazione il donante non era più nello stato di pagare i suoi creditori.

Relativamente alla massa de' creditori. Essa è dunque valida riguardo allo stesso donante. Se dunque la donazione riunita ai beni esistenti in potere del debitore è più che sufficiente al pagamento di tutti i debiti, essa non potrà rivocarsi che fino alla debita concorrenza.

Ma se l' alienazione è a titolo oneroso. L' articolo non aggiunge ne' *dieci giorni*, poichè qui siffatta circostanza è indifferente. Quand' anche l' atto fosse stato stipulato ne' dieci giorni, non può esser annullato che con cognizione di causa; e quand' anche fosse stipulato prima de' dieci giorni, può sempre esser annullato se vi è frode.

Che quando è provata la frode, tanto dalla parte del venditore che da quella dell' acquirente; mentre se la frode è provata dalla parte del fallito soltanto, ne risulta certamente contro di lui la presunzione di bancarotta fraudolenta, ma non perciò l' atto è annullato. (Argom. tratto dall'art. 445 † 437 del cod. di com.)

4. Finalmente se si tratta di atti o di obblighi contratti ne' dieci giorni per patti di commercio, possono esser egualmente annullati, se i creditori provano che vi ha frode dalla parte de' due contraenti. Ma se la mancanza di prova di complicità dalla parte di colui che ha trattato col fallito, impedisce che l' atto non sia dichia-

rato nullo, esso non si presume meno fraudolento quanto al fallito, il quale può in conseguenza essere convenuto come reo di bancarotta fraudolenta, salva la prova del contrario. (*Ibid.* art. 445 † 437). Ma osservate che questa disposizione non si applica formalmente se non agli obblighi per fatto di commercio e non a quelli che potrebbero avere un'altra causa e sui quali i tribunali dovranno pronunziare. Osservate egualmente che gl' imprestiti di denaro si presumono sempre obbligazioni commerciali. (*Ibid.* art. 638 † 617 in fine).

Bisogna d' altronde osservare : 1. che tutte le nullità di cui si è testè parlato sono relative, vale a dire che non hanno luogo fuorchè nell' interesse de' creditori del fallito ai quali soli è dato il provocarle ; senza che possano esse mai domandarsi dal fallito nè da quelli i quali han trattato con lui, salvo il caso ove esistesse qualche altra causa di rescissione, come il dolo, l' errore, la violenza, la lesione nei casi in cui può essere invocata ; giacchè allora la rescissione può domandarsi secondo le circostanze sia dal fallito medesimo o da suoi creditori in di lui nome, sia da coloro che han contrattato con lui.

2. Che queste diverse disposizioni non si applicano se non al caso del fallimento, e che non può esservi fallimento che dalla parte di un negoziante. Gl' individui non commercianti si dicono essere nello stato di *deconfiture*, (andati in patrimonio), ed allora non si può applicare che l'art. 1167 † 1120 del codice civile. Così fu deciso in cassazione addì 11 febbrajo 1812. (Sirey, 1813 1. parte pag. 124.)

3. Che l' azione rivocatoria non è che sussidiaria, vale a dire che non può aver luogo che in caso d' insufficienza degli altri beni del debitore. In conseguenza colui contro del quale quest' azione è intentata può domandare la discussione de' beni rimasti in mano del debitore ; e ciò appunto significano le ultime parole del §. 3. *instit. qui et ex quibus causis* ec., *eo quod ejus bona non sunt sufectura creditoribus*. Ma se questa discussione non è domandata, non han dritto i tribunali di ordinarla di officio. Così giudicò la cassazione il 22 marzo 1809 (Sirey, 1809 1.a parte pag. 208).

(213) *Che si vogliono impugnare*. V. l' art. 882 † 802 il quale stabilisce regole particolari intorno alle divisioni.

(214) *Relativamente a certi contratti.* (V. un esempio di questa distinzione , specialmente nell' art. 1928 † 1800 paragonato all' art. 1882 † 1754).

(215) *Dal momento che l' obbligazione è contratta.* L'articolo dice : dal momento in cui la cosa ha dovuto essere consegnata. Se s' intendessero queste parole alla lettera , si dovrebbe conchiuderne che nella obbligazione a termine , la proprietà non è trasferita nè il rischio va a carico del creditore che dalla scadenza del termine. Ma ciò che prova non esser questo il senso da attribuirsi a siffatte espressioni si è , che nel dritto romano e nell' antico dritto francese i quali esigevano la tradizione perchè la proprietà fosse trasferita , si teneva nondimeno come principio certo , che nell' obbligazione a termine i rischi andavano a carico del creditore , anche prima della scadenza del termine. Lo stesso debb' essere a più ragione attualmente che la proprietà si trasferisce col solo consenso delle parti : *res perit domino.* In secondo luogo , l' articolo 1302 † 1256 decide formalmente che il pericolo de' casi fortuiti non è a carico del debitore che dal momento in cui è in mora. Ora egli non può essere in mora se il termine non è scaduto. Finalmente l'art. 1245 † 1198 formalmente risolve la quistione, poichè stabilisce che la cosa la quale forma l' oggetto dell' obbligazione debb' essere consegnata nello stato in cui si trova nel tempo della tradizione , purchè tuttavia le deteriorazioni non provengano dal fatto del debitore. Dunque i casi fortuiti sono a carico del creditore. Queste parole : *Dal momento in cui la cosa ha dovuto esser consegnata*, debbono dunque intendersi come se fosse detto: *dal momento in cui è nata l' obbligazione di consegnare la cosa.* Ora nell' obbligazione a termine , l' obbligo di consegnare nasce dal momento del contratto , quantunque non si possa esigerne l' adempimento che alla scadenza del termine : il termine non sospende l' obbligazione , dice l' art. 1185 † 1138 , ma ne ritarda soltanto l' esecuzione. Dunque non ostante il termine, la proprietà è trasferita , e la cosa è a rischio del creditore dal momento del contratto. Non così nelle obbligazioni condizionali , mentre fino a che la condizione non si è verificata , l' obbligo di consegnare non esiste ancora (a).

(a) Toullier, l. c. alla nota ultima del num. 202 Vol. VI., rapporta ed adotta l'osservazione fatta dal nostro autore sulla cattiva

(216) *Purchè però ella sia in buona fede.* Val quanto dire, se ignora che la cosa sia stata precedentemente promessa ad altra persona. Del rimanente la buona fede si presume sempre. Appartiene a chi allega la mala fede il provarla.

Del resto quest' articolo 1141 † 1095 conferma la disposizione dell' art. 1138 † 1092, ed il principio che la proprietà vien trasferita col solo consenso. Altrimenti la buona o la cattiva fede del secondo acquirente sarebbe cosa di nessuna importanza. Se colui che ha promesso di consegnare fosse sempre il proprietario, sarebbe l'arbitro di trasferire la proprietà a chi più gli piacesse, salvo il risarcimento de' danni ed interessi al primo acquirente. Si è fatta una eccezione riguardo all' acquirente di buona fede; ma questo è il caso di dire che l' eccezione conferma la regola; e d' altronde l' eccezione non essendo applicabile che alle cose mobili, ed a causa degl' inceppamenti che una contraria disposizione arrecherebbe alla circolazione, bisogna conchiuderne che in materia d' immobili la buona fede del secondo acquirente e la consegna medesima che gli fosse fatta, non lo renderebbero proprietario in pregiudizio di colui il titolo di acquisto del quale avesse una data certa anteriore.

(217) *Di dare o di fare.* Poichè le disposizioni relative alla mora del debitore si applicano all' obbligazio-

---

redazione dell' art. 1138 † 1092. Se questo s' interpetrasse rigorosamente alla lettera conterrebbe una manifesta contradizione con se stesso; mentre espressamente vi è detto che la cosa è a rischio del creditore ancorchè la tradizione non sia stata fatta, *a meno che il debitore non sia in mora di consegnarla.* E sarebbe molto strano che sotto l' impero d' una legge che vuole la traslazione della proprietà pel solo fatto della obbligazione quand' essa è perfetta, questa traslazione fosse contra i principj del dritto sospesa per effetto del termine, e che contra i principj dell' antico dritto i rischi fossero pel venditore o debitore di un corpo certo e determinato sino alla scadenza del termine.

Ma non è questo il solo difetto nella redazione dell' art. 1138. Toullier, l. c. nel vol. VII al num. 460, ne rileva un altro non meno importante che rende la sua disposizione falsa perchè troppo generale. Esso porta che l' obbligo di consegnar la cosa rende il creditore *proprietario* ec. senza distinguere tra le cose certe e determinate e quelle incerte ed indeterminate, per le quali il creditore non divien proprietario se non quando queste cose son diventate certe, o quando il debitore le ha determinate, e gli ha fatto conoscere validamente la sua determinazione.

ne di fare come a quella di dare. (Art. 1146 † 1100.)

(218) *Non potea essere data o fatta* ; sia che l' impossibilità risulti *ex re ipsa*, come se si è promesso un cavallo per andare alla tal fiera, e che il tempo della fiera sia passato ; o dalla disposizione della legge, la quale dichiara la mora incorsa per la sola scadenza del termine, come nel caso del patto di ricompra (art. 1662 † 1508) nella vendita di effetti mobili (art. 1657 † 1504).

(219) *Senza necessità di alcun atto*. V' ha un caso però in cui non ostante l' espressa stipulazione, la mora non ha luogo per la sola scadenza del termine ; ed è quando si è stipulato nel contratto di vendita di un immobile che la vendita sarà disciolta di pieno dritto non pagandosi il prezzo nel termine stabilito. È d' uopo anche allora una intimazione della domanda. (Art. 1656 † 1502.)

D' altra parte allorchè la vendita è di effetti mobili, la mora ha luogo anche senza stipulazione, e la vendita è disciolta pel fatto solo di essere spirato il termine stabilito per riceverne la consegna (Art. 1657 † 1503.)

Quid, s' egli è detto solamente che la mora avrà luogo *per la sola scadenza del termine*, senza giunta di queste parole, *senza che vi sia bisogno di alcun atto?* Mi sembra che ciò debba bastare. Non si dee supporre che le parti abbian voluto inserire una clausola inutile. (a). Se per altro si tratta di un debito che debb' esser pagato al domicilio del debitore, non fa egli d' uopo un atto dal quale costi che il creditore vi si è presentato per ricevere il suo pagamento? Io nol credo ; ed a questo riguardo invoco le disposizioni degli artic. 1257 † 1210 e 1258 † 1211 n. 6, i quali stabiliscono che il debitore che vuole liberarsi ed arrestare il corso degl' interessi, dietro il rifiuto del creditore, dee fargli delle offerte al suo domicilio quando non v' abbia alcun patto circa il luogo del pagamento. Ora in questo caso il debito è ne' termini dell' art. 1247 † 1200. Dunque anche nel caso del debito in quistione, il debitore si presume in mora finchè non ha fatto delle offerte, e quantunque nulla provi che il creditore si è presentato per ricevere il suo pagamento. (b).

(a) Ma è sempre prudente inserirvi questa clausola ora che i tribunali sono così superstiziosamente attaccati alla lettera della legge (V. Toullier, l. c. n. 249).

(b) Toullier è di contrario sentimento in questa quistione,

Osservate che l'intimazione non si perime, vale a dire che fatta una volta nel caso in cui è necessaria, il suo effetto è perpetuo, e la mora continua fino al pagamento o sino alle offerte seguite dal deposito. La domanda al contrario si perime colla interruzione delle istanze giudiziali per tre anni o tre anni e mezzo, secondo le circostanze. (Proced. art. 397 † 492); e l'effetto della perenzione si è il presumersi che non abbia mai esistito la domanda.

(220) *Ed un altro atto equivalente.* Allorchè l'obbligazione è di pagare una somma di danaro, una semplice intimazione non basta per costituire in mora il debitore, ad effetto di far decorrere gl'interessi, come il vedremo nella sezione IV; fa d'uopo una domanda. (a)

(221) *S'egli ha contravvenuto.* Per sua colpa: poichè se, per esempio, un pittore il quale si è obbligato a fare un quadro ha perduto l'uso della mano, è chiaro che la sua obbligazione è estinta senza risarcimento di danni ed interessi.

(222) *Se trattasi di una obbligazione di fare.* Se trattasi di una obbligazione di dare, il creditore può egli domandare d'essere autorizzato a comprar la cosa promessa e non consegnata, a spese del debitore? Io nol credo: ciò potrebbe produrre molti inconvenienti; soltanto il soprappiù del prezzo attuale su quello della cosa nel tempo del contratto dovrà essere uno degli elementi che serviranno a determinare i danni ed interessi.

(223) *Preferibilmente attenersi all'intenzione.* Quindi quantunque sia stato detto in un atto che un oggetto è stato venduto, se si è soggiunto che la vendita è fatta per nove anni mediante la tal somma l'anno, questa non è vendita ma affitto.

---

e crede che se vi sia un luogo designato pel pagamento il creditore sia obbligato di presentarvisi, e comprovar con un atto ch'egli siasi personalmente presentato o per mezzo d'un procuratore nel giorno fissato dalla convenzione. (V. l. c. ai num. 249, 261, e 262).

(a) Il codice non si spiega sulla natura e qualità di questi atti equivalenti di cui parla l'art. 1139 † 1093, ma debbono esser atti fatti in iscritto, come una citazione in conciliazione che contenga l'intimazione di pagare; un atto autentico nel quale il debitore riconoscesse di essere stato interpellato; una scrittura anche privata sottoscritta e riconosciuta dal debitore, o legalmente tenuta per riconosciuta ec. (V. Toullier, l. c. n. 253.)

Osservate però che, come dice l'articolo, bisogna consultare l'intenzione comune delle due parti; consultar quella di una sola non basterebbe, poichè l'altra ha potuto ignorarla. Non è lo stesso ne' testamenti: l'intenzion sola del testatore è da consultarsi, onde stabilire il senso delle disposizioni ambigue del testamento.

(224) *Ne' quali è concepita la convenzione.* Quindi ancorchè una transazione contenga la rinuncia per parte de' contraenti ad ogni dritto, pretenzione ed azione, nondimeno questa rinuncia non ha da intendersi che dei diritti ed azioni relative alla controversia che ha dato luogo alla transazione (2048 † 1920.)

(225) *Piuttosto che quello con cui non ne potrebbe produrre alcuno.* Esempio: Pietro è proprietario di una casa che sporge sopra un pezzo di terra chiamato *il gran prato.* Questo pezzo è diviso in più porzioni, l'una delle quali appartiene a Pietro, e le altre ad altri particolari. Pietro vende la sua casa a Paolo; e si dice nell'atto che Paolo avrà un dritto di passaggio *sul gran prato*, senza spiegarsi su quale porzione. Si ha da intendere che sia sulla porzione del *gran prato* la quale appartiene a Pietro, e non sulle altre che a lui non appartengono.

Del pari se la convenzione offre due sensi di cui l'uno sia contrario alla legge o ai buoni costumi, si dee presumere che le parti ebbero in mira l'altro senso il quale non presenta gli stessi risultamenti.

(226) *Che risulta dall' atto intero.* Esempio: se in un contratto di affitto vi sono diverse clausole, tutte applicabili all'affitto, ed una sola che sembra riferirsi ad un contratto di vendita, come se fosse detto che l'affittuario godrà della casa data in fitto in tutta proprietà o a titolo di proprietario, si dovrà intendere questa clausola nel senso del contratto di affitto riguardo al dritto che ha il fittuale di goder della cosa, e percepirne tutti i frutti come il proprietario medesimo.

Riflettete che i principii stabiliti in questa e nelle tre note precedenti, si applicano del pari all' interpetrazione delle leggi civili.

(227) *Dove si è stipulato il contratto.* Se ho contrattato con un campagnuolo per far arare le mie terre, senza indicare il numero delle arature, si presume aver entrambi inteso dire il numero che si suol dare secondo l'uso del paese. Ma questa disposizione non ha luogo che

quando si tratta d' interpretare la convenzione. Se si tratta del modo di convenire il campagnuolo, bisogna seguir l' uso del luogo ove si agisce in giudizio per l' esecuzione.

(228) *Ancorchè non siano espresse.* Se per esempio il contratto di affitto di una casa situata in Parigi non indica le epoche del pagamento del pigione, deesi presumere che le parti han voluto conformarsi all' uso di pagar per trimestre, cioè di tre in tre mesi.

(229) *Anzichè circoscrivere l' obbligazione al caso espresso. Quae dubitationis tollendae causa contractibus inferuntur, jus commune non laedunt.* (L. 56. ff. *mandati*, ove si trova un applicazione di questo principio.) Del pari se un padre dichiara nel contratto di matrimonio della sua figlia ch' egli le costituisce in dote il tale fondo con i frutti pendenti nel tempo della celebrazione delle nozze, non si presumerà che i frutti appartengono al marito per sostenere i pesi del matrimonio. Si supporrà adunque aver voluto il padre semplicemente intendere con quelle parole che non intendeva riservarsi i frutti.

(230) *Quello che è più conveniente alla natura del contratto.* Se per esempio io vi ho dato in affitto un fondo per due anni mediante la somma di 300 franchi senz' altra spiega, si dee presumere, salva la pruova in contrario, che noi abbiamo inteso dire 300 franchi l' anno, e non già 300 franchi una sol volta pagati, poichè è della natura del contratto di affitto che il prezzo consista in un' annua prestazione (a).

(231) *Sia per la cattiva esecuzione.* Se la cosa con-

(a) Qui terminano le regole indicate dal nostro autore per l' interpetrazione delle convenzioni. Ma non debbe obbliarsi un' importante riflessione comune così a queste che a quelle scritte negli art. 1157 e seg., ed è ch' esse non sono imperative, ma sono de' consigli dati ai giudici da cui possono allontanarsi secondo le circostanze, le quali possono renderle inapplicabili. *Simul ac in aliquo vitiata est perdit officium suum*, l. c. ff. *de Reg. Jur.* Veggasi la decisione della corte di cassazione di Francia del 18 marzo 1807 (Sirey, an. 1807, pag. 241) che rigettò il ricorso per la violazione degli art. 1157 e seg., perchè « queste » disposizioni sono piuttosto de' consigli dati ai giudici, che re» gole rigorose ed imperative dalle quali per qualunque circo» stanza non si potrebbero allontanare ».

segnata è difettosa ovvero insufficiente all' uso cui è destinata per la sua natura o per l' obbligazione.

(232) *O di un caso fortuito ed impreveduto.* Osservate che vi sono quattro casi ne' quali la pruova del caso fortuito non assolve il debitore dal pagamento de'danni ed interessi : il primo, s' egli è specialmente obbligato al rischio de' casi fortuiti ; il secondo, s' egli è in mora, ammenochè tuttavia non provi che la cosa ove fosse stata consegnata al creditore, sarebbe egualmente perita in sua mano ; il terzo, se trattasi di una cosa da lui sottratta (art. 1302 † 1246) ; ed il quarto, se il caso fortuito è stato preceduto da una colpa del debitore la quale vi ha dato luogo (art. 1807 † 1653) ; in quest' ultimo caso, dopo che il debitore ha provato il caso fortuito, appartiene al creditore il provare la colpa (art. 1808 † 1654).

Quid, se un mercadante vende a respiro delle mercanzie ch' egli non ha, e che un caso fortuito, una forza irresistibile, come una piena o un abbassamento di acque, la rottura di una strada ec., gl' impedisca di farne la consegna nel termine prescritto ? Io avviso ch' egli è tenuto ai danni ed interessi. A se stesso debb' egli imputare l' aver venduto ciò che non aveva. Bisogna d' altronde applicar qui il principio da noi stabilito nella nota 201, che tutte le volte in cui la cosa è possibile in se stessa, il debitore è tenuto ai danni ed interessi, risultanti dall' inadempimento, ancorchè la cosa fosse impossibile relativamente a lui.

(233) *Quanto alla fissazione*, soltanto. Quindi in tutti casi v' ha luogo a risarcimento di danni ed interessi ; ma questi sono più o meno gravi secondo che vi ha dolo o semplice negligenza (a).

(234) *O che potevano esserlo all' epoca del contratto.* Ordinariamente, come dice Pothier n. 161, si presume che le parti non abbiano preveduto che i danni i quali potea soffrir il creditore riguardo alla cosa che forma l' oggetto della obbligazione, *propter ipsam rem non habitam*, e non quelli che l' inadempimento dell' obbligazione potrebbe cagionargli negli altri suoi beni. Così, io mi sono obbligato a consegnarvi un cavallo il 1. di aprile, e non ho adempito al mio obbligo. Voi siete stato costretto

(a) Vedi Toullier, loc. cit. ai numeri 283 e seguenti.

a comprare un altro cavallo inferiore al mio e da voi pagato a più caro prezzo. Io sarò tenuto ad indennizzarvi dell' eccedente del prezzo ; giacchè questo è un danno che voi soffrite *propter ipsam rem non habitam.* Ma se la mancanza del cavallo vi ha impedito di ritrovarvi in una fiera ove avreste potuto fare considerevoli guadagni, io non sarò tenuto ad indennizzarvi di questa mancanza di lucro , essendo un danno estraneo alla cosa la quale forma il soggetto dell' obbligazione , danno che io per conseguenza non ho dovuto prevedere nel fare il contratto. Il fatto che l' acquirente è una persona la quale dovea recarsi ad una fiera è circostanza del tutto estranea alla vendita , e che non dee far peggiorare la condizione del venditore ; per la stessa ragione appunto il debitore di buona fede non è tenuto , in caso di evizione , a compensar l' acquirente delle spese voluttuose da lui fatte sul fondo venduto. (Art. 1635 + 1481).

Osservate , relativamente alla cattiva esecuzione, esser possibile che il debitore sia tenuto quasi alle stesse obbligazioni che se vi fosse dolo , quantunque non ve ne sia effettivamente ; ed è quando egli doveva , in ragion del suo mestiere , conoscere i difetti della cosa da lui consegnata. Per esempio , se un falegname mi ha consegnato de' cattivi puntelli i quali siensi spezzati ed abbiano fatto rovinare la mia casa , egli dee non solo farmi ragione del prezzo delle travi , ma benanche compensarmi della perdita risultante dalla rovina. Egli non è ammessibile ad allegare la sua buona fede , a dire che credeva buone le sue travi ; poichè questa ignoranza non è scusabile in una persona del suo mestiere. Egli però non sarà risponsabile che della perdita della mia casa , e non già de' mobili che potevano trovarvisi dentro, poichè vi era almeno dell' imprudenza dalla mia parte nel riporre o lasciare de' mobili in un edifizio puntellato. Molineo giudica e con ragione (*de eo quod interest* n. 64) , che dovrebbe essere altrimenti riguardo ad un intraprenditore il quale avesse costruito una casa che poco dopo fosse crollata per vizio di costruzione ; e che dovrebbe questi render conto non solo della perdita della casa , ma benanche di quella de' mobili ivi esistenti , e ciò quand' anche non vi fosse dalla sua parte che semplice imperizia ; mentre una casa essendo fatta per abitarvi e per essere ammobigliata , egli ha dovuto prevedere che vi si porte-

rebbero de'mobili, e quindi ha dovuto incaricarsi del rischio di questi mobili nel tempo stesso che di quello della casa. Ma non sarebbe egli risponsabile che del valore di una mobiglia convenevole allo stato di colui che doveva occupare la casa. Se però egli fosse realmente in dolo, sarebbe tenuto al risarcimento di tutte le perdite qualunque fossero. (Art. 1151 † 1105)

(235) *Che sono una conseguenza immediata e diretta del ritardo o della inesecuzione.* Ma non è tenuto ai danni i quali non sono che una conseguenza lontana o indiretta dell' inadempimento del contratto. Così colui che ha venduto scientemente una vacca malata, è in obbligo non solo di restituire il prezzo della vacca, ma benanche di tener conto di quello dell'altro bestiame che sia stato tocco dal contagio e che ne sia morto. (L. 13, ff. *de act. empt.*). Ma se la perdita de' bovi ha impedito al compratore di coltivar le sue terre, il venditore sarà egli responsabile di questo danno? Pothier, n. 162, decide che no, almeno per la totalità; giacchè il compratore poteva far arare i suoi terreni con altri bovi, ed allora avrebbe potuto ripetere dal venditore solamente ciò che gli sarebbe costato di più che se li avesse fatti arare da suoi proprii bovi. Tanto maggiormente non sarà egli tenuto ai danni che potrebbero risultare dal sequestro fatto da un creditore che avrebbe potuto esser pagato col prezzo delle bestie morte dal contagio; giacchè tal sequestro è una conseguenza piuttosto del cattivo stato degli affari del debitore che dell' inadempimento della convenzione. Ora questo cattivo stato è una circostanza del tutto estranea all' altra parte.

Ma *quid*, se la convenzione, per esempio, avea per oggetto l' affitto di carri per portar via il mio ricolto, e che l' inadempimento della convenzione avendone ritardato il trasporto, un temporale sopravvenuto lo abbia distrutto? Io credo esser questo danno una conseguenza dell' inadempimento, ma che non ha potuto prevedersi, e che perciò non andrà a carico dell' altra parte se non quando essa fosse in dolo (a).

(a) In questo caso converrebbe distinguere se l' inadempimento della convenzione sia l' effetto del dolo o mala fede, o della semplice colpa più o meno scusabile. Nel primo caso non basterebbe il dire che *ea quae raro accidunt non temere in agendis*

(236) *Non può permettersi di nulla cambiarvi*, salvo il caso in cui l'obbligazione è suscettibile di adempimento parziale ed è stata effettivamente in parte adempita. (V. nel tèsto al cap. 3, sez. 8. §. 2.). Bisogna eccettuare egualmente il caso in cui l'obbligazione principale è di pagare una somma di danaro, come fra breve il vedremo.

(237) *A stabilire l'ammontare delle condanne*. (V. gli art. 523 ✝ 606, 524 ✝ 607, e 525 ✝ 608 del cod. di proced.).

(238) *Non ostante qualunque stipulazione. Quid* se si fosse stipulato, per esempio, che se in conseguenza di non pagamento, i beni del creditore si trovassero sequestrati da uno de' suoi proprii creditori, al pagamento del quale era destinata la somma ch' egli doveva ricevere, il debitore che ha tardato di pagare sarebbe egli tenuto ai danni ed interessi risultanti da questo sequestro? Siffatta stipulazione non avrebbe alcuno effetto. Bisogna osservare che dopo aver detto nell' articolo 1152 ✝ 1106 che se in una convenzione ordinaria è stata dalle parti determinata una somma pei danni ed interessi, essa non potrà essere diminuita nè aumentata dal giudice, il legislatore aggiugne nell' art. 1153 ✝ 1107, che se l'obbligazione si limita al pagamento di una somma di danaro, i danni ed interessi non consistono mai che negli interessi legali. Ora queste parole *non consistono mai* chiaramente dinotano che qualunque sia la stipulazione, non può ad ogni modo reclamarsi che gl' interessi legali. Ed in fatti è manifesto che ove si permettesse in questo caso di stipulare per una causa qualunque danni ed interessi maggiori degl' interessi legali, ciò sarebbe lo stesso che dar luogo ad infiniti processi ed aprir la porta alla frode, la quale non mancherebbe di motivi apparenti per mascherare l' usura.

---

negotiis computantur, l. 64 ff. *de Reg. Jur.*, come argomenta il nostro autore che n' eccettua soltanto il dolo; poichè si risponderebbe che l' art. 1150 † 1104 non esenta dai danni ed interessi non previsti o non potuti prevedersi nei contratti che il solo debitore cui non si può rimproverar nè dolo nè mala fede. Or non vi ha colpa più grave che quella di mancare alla sua parola con premeditato disegno. Egli è dunque certo che costui era in colpa, che la sua colpa è stata seguita immediatamente e direttamente dal temporale che ha distrutto il mio ricolto, e che senza questa colpa io non avrei provata alcuna perdita. Egli dunque mi dee tutta l'intera indennità. (V. Toullier, l. c. n. 286.)

(239) *Gl' interessi stabiliti dalla legge.* Questo interesse fu stabilito dalla legge del 3 settembre 1807 (Boll. n. 2740) al 5 per 100 in materia civile ed al 6 per 100 in materia commerciale, il tutto senzá ritenuta. Quest' interessi sono chiamati in dritto *moratorii*, poichè han luogo *propter moram.*

(240) *Nel contratto di società.* Il socio che nell' epoca convenuta non ha conferito la somma da lui promessa, è tenuto non solo all' interesse della medesima, ma benanche al pagamento de' danni ed interessi. (Art. 1846 † 1718),

(241) *Alla malleveria.* Il fidejussore che ha pagato pel debitor principale può reclamar la restituzione di ciò che ha pagato con gl' interessi, ed oltre a ciò anche i danni ed interessi in certi casi. (Art. 2028 † 1900).

(242) *Ed al commercio.* In caso di ricambio. (V. cod. di comm. art. 177 † 176 e seguenti, *e le mie istituzioni commerciali* tom. 1. lib. 1. tit. 7 cap. IV. sez. 2. §. 3., e nel secondo volume le note su quest' oggetto).

Osservate che in materia di effetti di commercio, l' interesse moratorio ha luogo dal giorno della protesta. Così giudicò la cassazione il 25 agosto 1813. (Sirey, 1815, 1. parte, pag. 131).

(243) *Ne' casi contemplati dalla legge*, come negli art. 474 † 397, 856 † 775, ec.

(244) *In forza di una domanda giudiziale.* Quindi una semplice intimazione di pagare non basterebbe. Sembra pertanto che sarebbe altrimenti nella vendita (art. 1652 † 1498), e riguardo al tutore (art. 434 † 397). Ciò è di grave importanza, poichè la domanda debb' esser preceduta dall' esperimento di conciliazione; non così l' intimazione. Inoltre la domanda richiede maggiori formalità che non la semplice intimazione.

Ma notate che per *domanda* bisogna intendere la richiesta del principale: non è necessario che gl' interessi sieno richiesti; ed io credo che non basterebbe nemmeno il chiedere gl' interessi se non si domandasse nel tempo stesso il principale. « In effetti, dice Ricard (*delle donazioni*, parte 2. n. 106), non è la domanda degl' in-
» teressi quella che fa che sieno essi dovuti; poichè una
» somma di danaro non è capace di produrre da se e
» per se un profitto o degl' interessi per essersi conchiuso
» alcuna cosa a tal effetto. È dunque la mora del debi-

» tore che dando luogo alla perdita o al danno del cre-
» ditore, è causa che quest' interessi siano dovuti, *non*
» *ex usu*, *sed ex interesse*. Ora questa mora comincian-
» do dalla domanda giudiziale della somma principale,
» l' azione de' danni che, ne risulta comincia nel medesi-
» mo tempo ec. ». Dunque basta che il principale sia domandato, e bisogna che il sia, per far decorrere gl' interessi.

Nota. Fu deciso in cassazione il 23 settembre 1811 (Sirey, 1813, 1. parte pag. 822) che l'Amministrazione del registro non poteva esser condannata, nemmeno a contar dalle domande, agl' interessi delle somme di cui la restituzione è ordinata.

Fu pronunziato nella stessa corte, il 22 febbrajo 1813 (Sirey, 1813, 1. parte, pag. 453), che fra eredi rinviati innanzi ad un notajo per far la divisione, la domanda formata innanzi a questo notajo si riputava giudiziale e faceva decorrere gl' interessi. Questa decisione è giustissima e tende d' altronde a risparmiare le spese.

Se il debito è ipotecario, e che gl' immobili ipotecati sieno tra le mani di più detentori, la domanda formata contra uno di essi farà decorrere gl' interessi riguardo a tutti? Bisogna distinguere: Se il detentore citato è tenuto non solo ipotecariamente pel tutto, ma benanche personalmente per la sua quota e porzione; come se sia uno degli eredi del debitore e che non voglia abbandonare; è certo ch' egli è tenuto coll' azione ipotecaria al pagamento degl' interessi della somma totale. Ma s' egli abbandona, in maniera che non sia più tenuto che personalmente, egli non sarà tenuto che agl' interessi della parte che dee nel principale. Ma in quest' ultimo caso, se il creditore cita un altro debitore, potrà egli in virtù dell' azione ipotecaria reclamare contro quest' ultimo gl' interessi dell' intera somma dal giorno della citazione fatta al primo? Io credo che no. Abbiamo avuto già occasione di far avvertire che i detentori in questo caso non sono debitori solidali, quantunque debbano ciascuno l' intero, *debent totum*, *sed non totaliter*: gl' interessi non decorrono dunque riguardo ad essi che dal giorno della citazione particolare loro fatta.

(245) *A discarico del debitore*. Tali interessi formano in questo caso un capitale per colui che li ha pagati; ma io credo che bisogna ammettere nel detto caso ri-

guardo ai terzi non obbligati al debito la distinzione stabilita nella nota 249 che segue, e decidere che la disposizione di cui si tratta non debba aver luogo che quando il debitore poteva aver interesse affinchè si effettuasse il pagamento; giacchè altrimenti non dee dipendere da un terzo il render peggiore la condizione del debitore.

(246) *Che quando trattasi d' interessi dovuti almeno per un anno intero*. Si è voluto prevenire la soverchiamente pronta accumulazione degl' interessi la quale avrebbe alla fine prodotta la rovina del debitore.

Il contratto col quale si stipula degl' interessi si chiama in dritto *anatocismo*, ed era anticamente proibito *omni modo*; si vede che attualmente è permesso allorchè si tratta degl' interessi di un' intera annata; si riguardano allora tali interessi come un capitale (a).

Se per rimborzare ad uno de' miei creditori un capitale che gli debbo io gli delego sei mesi d' interessi che mi sono dovuti da uno de' miei debitori, la domanda formata quindi immediatamente da questo creditore contro del delegato farà essa decorrere gl' interessi? La ragione del dubbio nasce dal perchè la somma reclamata dal delegatario è un capitale che può portare interesse per effetto di una domanda giudiziale, ma la ragion di decidere si deduce dal perchè la regola dell' art. 1154 † T fu stabilita, come si scorge, meno in odio del creditore che in favore del debitore e per impedire la di costui rovina. Ora ciò posto, che importa al debitore che la somma dovuta al delegatario sia un capitale? Per lui sono sempre degl' interessi che dee, ed i quali non possono produrre ancor essi interesse che quando formano la rendita di un anno intero. La delegazione è per lui *res inter alios acta*; essa non può rendere la sua condizione peggiore, nè pregiudicare i suoi diritti. Se però la delegazione fosse perfetta, vale a dire se contenesse obbligazione personale del delegato verso il delegatario, io penso che allora vi sarebbe novazione e che il delegato non potrebbe più invocare il beneficio dell' art. 1154.

Al contrario se per pagare sei mesi d' interessi che io debbo al mio creditore, gli delego un capitale che dee scadere un mese dopo, potrà il creditore, mancando

---

(a) Vedete quel che abbiamo detto sull' anatocismo nelle osservazioni a questo titolo.

il pagamento alla scadenza, esigere gl' interessi dal delegato? Si ha ragion da dubitare nel riflettere che a lui non è dovuto un' annata d' interessi. Ma la ragion di decidere è in senso inverso la stessa che nell' ipotesi precedente. La disposizione dell' art. 1154 è fatta in favore di quello che dee degl' interessi soltanto. Or qui il delegato dee un capitale. D' altronde la delegazione è ancora riguardo a lui *res inter alios acta*, la quale non può giovare ai terzi, come nel caso precedente essa non potea loro pregiudicare. Ora s' egli potesse far di meno di pagar gl' interessi, ne risulterebbe che la delegazione gli gioverebbe; giacchè se non avesse la medesima avuto luogo egli sarebbe stato certamente tenuto a pagarli al delegante dal giorno della domanda. Bisogna dunque dire che gl' interessi sono dovuti.

Per la stessa ragione io son di parere che l' acquirente in virtù di aggiudicazione il quale non paga i mandati di collocazione, dee gl' interessi del loro ammontare, e per conseguenza degl' interessi che vi sono compresi. Così stabilì l' arresto del 18 gennajo 1686 riportato da Rousseaud de la Combe, *verbo* intérêts n. 6.

(247) *E finalmente colla prescrizione.* Dal perchè il codice non mette il consenso contrario nel numero de' modi con cui si estinguono le obbligazioni, dobbiam forse conchiudere che questo modo di estinzione sia abrogato? No senza dubbio; che se il codice non ne parla, è perchè questo modo è lungi dall' avere la stessa applicazione di cui godeva altre volte. Nell' antico dritto in cui la tradizione era necessaria per trasferirsi la proprietà, si avea come principio generale che tutte le obbligazioni contratte col solo consenso potevano estinguersi con un consenso contrario, se non che bisognava che le cose fossero ancora intere. Così, per esempio, nella vendita, era d' uopo che la cosa non si fosse consegnata nè il prezzo pagato. Ove l' una di queste due circostanze avesse avuto luogo, è chiaro che il solo consenso contrario non poteva bastare a sciogliere il contratto, poichè sarebbe inoltre stato mestieri restituir ciò che si era consegnato in virtù del contratto medesimo. D' altronde, come noi l' abbiam detto, il semplice contratto di vendita non accompagnato da tradizione non trasferiva la proprietà; producendo solo l' obbligo dalla parte del venditore di far la tradizione della cosa venduta, e dalla parte del com-

pratore di pagar il prezzo convenuto. Ora come ciascuno può rinunciare al dritto che gli appartiene, ne seguiva che il venditore ed il compratore potevano reciprocamente farsi la remissione delle rispettive loro obbligazioni, ed il contratto di vendita era sciolto. Ma perchè questa remissione potesse aver luogo, era d' uopo che vi fosse una obbligazione da rimettersi. Ora quando il venditore avea consegnata la cosa, non esisteva più obbligazione dalla sua parte: la vendita aveva avuto tutto il suo effetto quanto alla traslazione della proprietà in persona del compratore; nè questa proprietà potea ritornare al venditore che mercè un nuovo contratto stipulato fra lui ed il compratore. Quando il prezzo era stato pagato dal compratore, non v' era più obbligo di cui gli si potesse far remissione; il venditore era divenuto proprietario delle monete che formavano il prezzo: *emptor nummos venditoris facere cogitur.* (L. 11 §. 2. ff. *de actione empt.*), e bisognava egualmente un nuovo atto perchè questa proprietà ritornasse al compratore. Attualmente che in grazia del solo consenso del venditore e del compratore costui è divenuto proprietario della cosa venduta, ne risulta aver oggi questo consenso, quanto alla traslazione della proprietà, lo stesso effetto che aveva anticamente la tradizione. Ora cosa produrrebbe il consenso contrario delle due parti? Esso renderebbe senza dubbio il venditore nuovamente proprietario; ma ciò avverrebbe perchè questo consenso formerebbe un nuovo contratto che produrrebbe l'effetto di far ripassare la proprietà in mano del venditore; senza peraltro sciogliere la prima vendita, la quale avrebbe avuto al contrario l'intero effetto, quanto alla traslazione della proprietà, col solo consenso delle parti. Questo nuovo consenso non potrebbe far sì che la proprietà non fosse rimasta in persona del compratore dal momento della prima vendita fino a quello in cui il contrario consenso è intervenuto; talchè se l'oggetto venduto sia uno stabile, e che i beni del compratore fossero gravati nel tempo della prima vendita d'una ipoteca generale, lo stabile suddetto se ne troverebbe colpito come tutti gli altri beni del compratore, nè ripasserebbe al venditore in virtù del nuovo consenso che col peso dell' ipoteca. Similmente non v'ha dubbio che il nuovo consenso darebbe luogo ad un secondo dritto di trasferimento, ec. Bisogna dunque conchiudere da questi principii, che il consenso contrario

non può esser più presentemente un mezzo onde estinguere le obbligazioni, ancorchè contratte col solo consenso, quando han per effetto di trasferire direttamente la proprietà. Ma quanto alle altre obbligazioni puramente consensuali, l'antico dritto sempre sussiste. Nell'affitto per esempio, nella società, l'obbligazione vicendevole delle parti può rimanere estinta in virtù del loro opposto consenso. Ed in questo senso appunto dice l'art. 1134 † 1088, che le convenzioni legalmente formate possono esser rivocate per mutuo consenso delle parti; ma bisogna convenire che in generale questo modo di estinzione molto si ravvicina alla volontaria remissione. Allorchè l'affittatore ed il fittuale acconsentono a resilire da un affitto, questi fa remissione all'altro dell'obbligo ch'egli ha contratto di consegnargli la cosa e di farnelo godere; e quegli a questi rimette l'obbligo di pagare il fitto. Tal è probabilmente la ragione per cui il codice non ha fatto particolar menzione del consenso contrario tra i modi con cui si estinguono le obbligazioni.

Vi è ancora un modo di estinzione particolare alle obbligazioni puramente legali, vale a dire che colpiscono la cosa sola, e non già gl'individui se non quando sono detentori della cosa. Tali sono le obbligazioni che risultano dall'ipoteca, dalla servitù: il possessore non essendone dunque tenuto che a motivo della cosa, può liberarsene cessando di possedere la cosa, cioè abbandonandola. L'abbandono della cosa è dunque un modo con cui si estingue tal sorta di obbligazioni. Ma bisogna osservare che questo abbandono non ha sempre lo stesso effetto. In materia di servitù, il proprietario del fondo abbandonato ne perde la proprietà immediatamente e pel fatto solo dell'abbandono, accettato o giudicato valido: e questa proprietà del pari immediatamente passa al proprietario del fondo dominante. Ma in materia d'ipoteca, il proprietario del fondo abbandonato non ne perde che il possesso coll'abbandono, egli non n'è definitivamente espropriato che in seguito dell'aggiudicazione la quale ha luogo dietro la sproprìa per la quale si agisce contro del curatore dato alla cosa abbandonata, in guisa che fino all'epoca di questa aggiudicazione ei può riprendere il fondo, pagando le somme per le quali sta ipotecato (a).

(a) Vedete Toullier, T. VII nel cap. V. n. 2, nel quale stabilisce undici modi per l'estinzione delle obbligazioni, vale a dire 1.

(248) *Nella convenzione.* Per esempio, nell'obbligazione contratta da un pittore di fare un ritratto, è manifesto che la considerazione della persona del pittore ha molta parte nella convenzione.

(249) *Malgrado il creditore.* Sembra che anticamente si distingueva se il debitore aveva o no interesse che il debito fosse soddisfatto. S'egli l'aveva, come se trattavasi di arrestare o prevenire delle procedure, il creditore poteva esser messo in mora con offerte validamente fatte a richiesta di chicchesia. Nel caso contrario, come s'era quistione del rimborso di una rendita costituita o di un debito non esigibile, poichè il pagamento eseguito da un terzo non avrebbe avuto altro effetto che di far cambiar creditore al debitore, si credeva ch'egli poteva essere ricusato. (POTHIER, *delle obbligazioni*, n. 464.) Perchè sorga la quistione, bisogna supporre che il creditore può aver interesse a ricusare il pagamento, ma presentandosi il caso, parmi che la cennata distinzione dovrebbe essere adottata.

(250) *Di trasferire la proprietà.* Mi son servito di questa frase, perchè non si può dire attualmente in modo generale, come nell'antico dritto, che il pagamento è una maniera di trasferire e di acquistare la proprietà. Siccome dietro l'art. 1138 † 1092, il creditore è divenuto proprietario sol per effetto della obbligazione, è chiaro che ci non può divenirlo una seconda volta in virtù del pagamento. Si vede che il codice ha stabilito qui come principio generale ciò che non ha luogo che pei casi di eccezione, vale a dire pei casi in cui l'obbligazione non ha potuto trasferire la proprietà. Quindi l'obbligazione di una cosa indeterminata non dà al creditore, come lo abbiamo precedentemente detto, che una semplice azione personale. Egli non può dunque acquistare la proprietà della cosa che mercè il pagamento fattogliene ; ed

---

Il mutuo consenso delle parti ; 2. In alcune volte la volontà d'una sola ; 3. Il pagamento ; 4. La sostituzione d'un secondo obbligo al primo ; 5. La confusione ; 6. La perdita della cosa dovuta ; 7. La sentenza o decisione degli arbitri ; 8. La prestazione del giuramento deferito al debitore ; 9. Il tempo fissato dalla convenzione o dalla legge e l'evenienza della condizione ; 10. La morte del creditore o del debitore ; 11. E finalmente la legge che può in certi casi annullare le obbligazioni anche convenzionali, modificarle, e sospenderne l'esecuzione.

in questo caso è chiaro non poter questo esser validamente fatto che da colui il quale è proprietario della cosa pagata e capace di alienarla.

Da queste parole *capace di alienarla*, bisognerà forse conchiudere per esempio, che se un minore ha pagato una cosa da lui legittimamente dovuta, per es., perchè crede del suo padre, il pagamento, sarà nullo, in maniera che possa egli reclamare quando il vorrà la cosa pagata? Io credo che no. Ma bisogna intender ciò nel senso che questo pagamento non avrà gli effetti di quello che fosse fatto da un proprietario capace di alienare. Se dunque l'obbligazione fosse nulla o rescindibile, questo pagamento non sarebbe riguardato come una ratifica, nè risulterebbene la presunzione che il debito esisteva. Se l'obbligazione era indeterminata, e che vi fosse stata lesione nel pagamento, come se il minore avesse pagato una cosa di una qualità migliore di quella ch'egli avrebbe potuto pagare, potrà reclamarla ed offrirne un'altra, ec.

(251) *Quando il creditore ha consumata la cosa di buona fede.* In effetti, perchè il pagamento fatto da chi non è proprietario non è valido? Perchè il vero proprietario della cosa pagata potendo rivendicarla, il creditore si trova privo del vantaggio che il pagamento dee procurargli, vale a dire del dritto di disporre della cosa a voglia sua. Se dunque le cose son venute a tale che il proprietario non possa più rivendicare, allora il pagamento avrà avuto pel creditore tutto l'effetto che poteva avere, e l'obbligazione debb'essere estinta. Ora allorchè il creditore ha consumata la cosa di buona fede non può più la rivindica aver luogo; mentre essa non è data che contra al possessore o contra colui che ha cessato per dolo di possedere, vale a dire che sapeva non appartenergli la cosa, quando ha cessato di possederla, *in rem actio contra possidentem competit.* (L. 1. eod. *ubi in rem actio ec.*) *Sed et is qui ante litem contestatam dolo desiit rem possidere, tenetur in rem actione.* (L. 27; §. 3 ff. *de rei vindicat.*) Ora quì il creditore non è più possessore, poichè la cosa è consumata, nè ha buona fede, vale a dire credendo esserne proprietario. La rivindica non può dunque più essere esercitata contra di lui; dunque il pagamento ebbe a suo riguardo tutto l'effetto che poteva avere; dunque esso è valido, e l'ob-

bligazione estinta. È lo stesso in tutti i casi in cui il creditore non può più esser evitto della cosa che ha ricevuta, per es., se l'ha prescritto, (L. 60 ff. *de solution.*) o se colui che l'ha dato in pagamento n'è divenuto di poi proprietario.

Quid, se la cosa è perita? La legge 38, §. 3 *eod.* decideva che il pagamento era sempre nullo, *quia nullo tempore res fuit creditoris*. Nondimeno sembra che POTHIER abbia adottato l'opposto parere. (*Trattato delle obbligazioni* n. 504.) E bisogna confessare che la ragione data nella legge 38 non è molto concludente: giacchè quando è il creditore istesso che ha consumato la cosa, egli non n'è stato mai proprietario; eppure, secondo le leggi romane medesime, il pagamento era valido. (LL. 78 e 94 §. 2 ff. *de solut.*)

Quid, se il creditore non ha consumato la cosa, ma abbia soppresso il suo titolo in seguito del pagamento fattogli? Se vien citato in conseguenza dell'azione di revindica, egli dee chiamare in giudizio colui che gli ha data la cosa in pagamento; ed il giudice ordinando la restituzione della cosa al proprietario, dovrà rendere a lui la prima obbligazione. Solo vi sarà questo inconveniente che, s'egli aveva un'ipoteca e l'iscrizione presa sia stata cancellata, l'ipoteca gli sarà senza dubbio restituita, ma prenderà ordine dal giorno della nuova iscrizione soltanto. Le terze persone che han contrattato col debitore sulla fede della condizione dell'ipoteca, non debbono patire le conseguenze dell'errore che ha commesso il creditore ricevendo una simile cosa in pagamento.

Perchè la disposizione dell'art. 1238 † 1191 non è applicabile che al caso in cui la cosa è fungibile ed è stata consumata di buona fede? L'art. 2279 † 2185 stabilisce in generale che in fatto di mobili il possesso equivale al titolo. Sembrerebbe dunque che qualunque sia la cosa pagata, purchè fosse mobile, il creditore n'è divenuto proprietario in seguito del pagamento. Ma bisogna pur dire che lo stesso art. 2279 ammette due eccezioni al principio ivi stabilito, cioè quando la cosa è stata perduta o rubata. In questi due casi il proprietario può rivendicarla durante tre anni; ma, se essa è fungibile e che sia stata consumata di buona fede, non ha luogo la rivindica; e questo è il caso preveduto dall'articolo 1238.

(252) *O al suo procuratore. Quid*, se costui fosse minore? Il pagamento è sempre valido. Il creditore dee imputare a se stesso d'avere scelto un simile mandatario. (Art. 1990 † 1862, e l. 11 ff. *de solut.*)

Quid, s'egli è nello stato di fallimento? Se il fallimento ebbe luogo dopo che gli fu conferito il mandato, è certo che a lui non si può pagare. Il mandato finisce col fallimento del mandatario. (Art. 2003 † 1875.) Io credo che la cosa andrebbe altrimenti ov'egli fosse già fallito nell'epoca del mandato. Questo caso debb'essere assimilato a quello del minore mandatario.

Quid, se il mandato è rivocato? Fino a tanto che il debitore non ha conoscenza della rivocazione, può pagare validamente al mandatario. (Art. 2005 † 1877.)

(253) *O a colui ch'è autorizzato dalla legge*, come il tutore se si tratta di un minore, il marito, se di una moglie in comunione di beni e che sia quistione di un debito mobiliare, ec. Del pari l'usciere cui è stato rimesso il titolo per l'esecuzione è sol per ciò autorizzato a ricevere il pagamento. Non così riguardo al patrocinatore cui fu consegnato il titolo per intentare l'azione (L. 86. *de solut.*). Così giudicò il parlamento di Grenoble con arresto del 25 maggio 1610 che si legge in Bosset, tom. 2 lib. 2 tit. V, cap. 3.

Per lo stesso motivo, l'elezione di domicilio fatta dal creditore in un atto di usciere o di sequestro, non si presume contener delegazione di ricevere il pagamento in favor di colui presso del quale fu eletto il domicilio. Nè osta l'art. 554 † 644 del codice di procedura che permette al debitore di fare in detto domicilio qualunque notificazione di offerte reali; dal che si potrebbe indurre che vi sia pur concesso pagare. Ciò, a mio credere, va inteso in questo senso, che le offerte fatte in quel domicilio son valide, e che il creditore dee per conseguenza trovarvisi, o farci trovare un mandatario incaricato di ricevere per lui, altrimenti si presume aver egli ricusato le offerte ed il debitore può liberarsi facendo il deposito. (V. un arresto di cassazione del 6 glaciale anno 13, Repertorio, *verbo* domicile élu, §. 1 n. 4.)

(254) *O dal giudice*, come un sequestro giudiziario.

(255) *Alla persona indicata a tale effetto nella convenzione*. (V. la nota 69.)

La facoltà di vendere è riputata contener quella di

ricevere il prezzo della vendita? Bisogna distinguere: se la vendita debb' esser fatta a denaro contante, e che il mandato contenga facoltà di consegnare, non v' ha dubbio che si presume contenere egualmente facoltà di ricevere il prezzo, poichè in questo caso il pagamento debb' esser fatto nel tempo stesso della consegna. Diversamente, se la vendita è fatta con dilazione, o se il mandatario non è incaricato di consegnare. Per la stessa ragione la facoltà di appiggionare non contiene quella di riscuotere i pigioni. (L. 1, §. 12, ff. *de exercit. act.*)

(256) *O se ne ha tratto vantaggio*; come se il pagamento è stato fatto a taluno che non aveva facoltà dal creditore, ma che ne' di costui affari ha utilmente impiegata la cosa ricevuta.

Non bisognerebbe conchiudere dalle generali espressioni, *se ne ha tratto vantaggio*, che si potrebbe pagare validamente al creditore del suo creditore senza autorizzazione di costui o del giudice, sotto pretesto ch' egli ne profitterebbe, poichè otterrebbe così la sua liberazione. Si correrebbe in effetti il pericolo di esser obbligato a pagare per la seconda volta, se, per esempio, il creditore provasse, o che il debito non esisteva, o ch' era estinto, o ch' egli aveva buone ragioni per esimersi dal pagarlo quanto al presente. Del pari, se il creditore fosse egli stesso non solvente, i suoi proprii creditori potrebbero impugnare il pagamento, e ragionevolmente pretendere ch' esso non ha potuto esser fatto in lor pregiudizio; che non ha dovuto dipendere da un terzo il vantaggiare l' uno più che l' altro creditore, ec.

(257) *Se fu fatto di buona fede*, vale a dire se nel tempo del pagamento, colui che ha pagato credeva pagare al vero proprietario del credito. Del resto, come noi l' abbiam già fatto osservare, sempre si presume la buona fede, e spetta il provare la mala fede a chi l' allega.

(258) *A colui ch' era in possesso del credito*, per esempio, a chi era in possesso della successione del creditore come suo erede presuntivo, e che fu in seguito evitto da un erede più prossimo. Risulta del resto dal principio sul quale questo articolo è fondato, che tutti gli atti di buona fede fatti coll' erede putativo son validi. Ed in effetti come scoprire che colui il quale è in possesso di una successione non sia il vero erede? Allorchè

ha egli un titolo apparente, le terze persone non sono nemmeno ammessibili ad impugnarlo; e se ne risulta qualche pregiudizio, esso debb' essere piuttosto sopportato dal vero erede il quale ha negletto di farsi conoscere, che da chi ha contrattato col possessore dell' eredità, e che, lo ripetiamo, non aveva alcun mezzo onde conoscere il vero. Altrimenti, vi sono infiniti casi nè quali nessuno oserebbe contrattare con un erede, e ne risulterebbe in tutte le transazioni un' incertezza la quale è affatto opposta allo spirito generale del codice ed all' intenzione apertamente dichiarata del legislatore. Questi principii sembran del resto essere stati consacrati da un arresto della cassazione del 5 aprile 1815. (Sirey, 1815, 1. parte pag. 137) (V. un altro arresto della stessa corte del 3 agosto 1815. *Ibid.* pag. 286.) (a)

(259) *S' egli non è capace di ricevere.* Per esempio, s' è un minore, un interdetto, una donna maritata e non separata di beni, ec.

(a) Si oppone Toullier e fortemente a questa dottrina, l. c. n. 31. Egli distingue gli atti di amministrazione dagli atti di alienazione volontaria, fatti dal possessore o proprietario putativo ed apparente; nei primi è giusto che si stia al fatto del medesimo avvenuto di buona fede e senza collusione. Non così per gli atti di alienazione, costituzione d' ipoteca, di servitù ec.; distinzione conforme alla ragione, all' antica giurisprudenza ed al testo non meno che allo spirito del cod. ec. Fondandosi sull' articolo 137 † 143 dice, che l' erede putativo non è che erede sotto *condizione* simile all' acquirente di buona fede *a non domino*, per cui la legge riserba al vero erede non solo la petizione di eredità, ma benanche *gli altri dritti*, che debbonsi intendere per quelli ch' egli può esercitare contro de' terzi, come la rivocazione delle vendite, quella delle ipoteche, ed altri pesi indebitamente imposti sugli immobili. Esamina diffusamente la decisione della cassazione del 2 agosto 1815 citata dal nostro autore, e dimostra ch' essa non è fondata sull' antica giurisprudenza, nè sul dritto romano, nè sui motivi i più potenti d' ordine e d' interesse pubblico, ch' erano i tre motivi su quali poggiò l' arresto sudetto; e dopo così imponenti ragioni, e testi decisivi contro la dottrina sudetta conclude rammentando ai giudici la bella legge di Giustiniano. *Cum non exemplis sed legibus judicandum sit; neque si cognitionales sint amplissimae praefecturae, vel alicujus maximi magistratus prolatae sententiae: sed omnes judices nostros veritatem, et legum et justitiae sequi vestigia sancimus.* L. 13 cod. *de sententiis*, ec. 7. 44.

Egli cita nella nota a a questo numero il nostro autore perchè si vegga.

(260) *Ammenochè il debitore in questo caso non provi.* Appartiene dunque al debitore il provare che l'incapace ha profittato; prima perchè è un fatto negativo, e che *factum negantis nulla est probatio*; ed in secondo luogo perchè essendo nullo il pagamento, la cosa dovuta può esser domandata per la seconda volta. Se il creditore ha profittato del pagamento può in verità il debitore opporgli l'eccezione del dolo, *quatenus locupletior factus est solutione.* (L. 4 §. 4 ff. *de doli mali et metus except.*) Ma appartiene allora a lui il provare la sua eccezione, *reus excipiendo fit actor*, *et actori incumbit onus probandi.*

Qual epoca dee considerarsi per giudicare se l'incapace è divenuto più ricco per effetto del pagamento? Quella in cui vien fatta la domanda del secondo pagamento. (L. 4 ff. *de exceptionibus*) Se dunque in detta epoca la cosa pagata più non esiste ne' beni dell'incapace, l'eccezione del dolo non può essere opposta dal debitore, salva però la seguente distinzione: se con la somma pagata l'incapace ha comprata una cosa che gli era necessaria, di cui non poteva far senza, e che questa cosa sia perita anche prima della domanda, sempre si presume aver egli profittato del pagamento; mentre, poichè si suppone che quella cosa gli era indispensabile, sarebbe stato egli obbligato a comprarla con altro danaro, e per conseguenza, *locupletior factus est*, *quatenus propriae pecuniae pepercit.* (L. 47 §. 1 ff. *de solut.*) Se la cosa non era necessaria, non si presume averne egli profittato se non quando la cosa esiste ancora nel tempo della domanda; ed anche allora Pothier, n. 468, pensa a ragione ch'egli può ancora ripetere la somma dovuta offrendo di rendere al debitore la cosa comprata.

Osservate che se il pagamento è stato fatto ad una moglie in comunione e non separata di beni, non basterebbe provare ch'essa n'abbia profittato personalmente, bisognerebbe altresì dimostrare il vantaggio che n'ha ricavato la comunione; altrimenti il marito potrà sempre domandare la nullità del pagamento.

(261) *Se il pagamento è stato fatto in pregiudizio di un sequestro o di un atto di opposizione.* Nello stato attuale non si fa più alcuna differenza tra il sequestro presso il terzo e l'opposizione. (Codice di procedura lib. 5 tit. 7.)

Per le formalità da osservarsi ne' sequestri suddetti o nelle opposizioni, vedete lo stesso codice dall' art. 557 † 637 al 582 † 672, e specialmente gli articoli 563 † 653, 564 † 654 e 567 † 656, relativi alla domanda per la validità del sequestro, ed alla notifica di questa domanda al sequestratario. (a)

(a) Riflettete che tra gli articoli del codice di procedura citati dal nostro autore in questa nota ve n'è uno soppresso, e molti modificati nelle nostre *leggi di procedura civile*.

L' articolo soppresso è il 566 del cod. di proc. franc. che prescrive non essere la domanda di conferma del sequestro in alcun caso soggetta al previo esperimento di conciliazione. Noi altrove osservammo che le nuove leggi han lasciata la libertà alle parti di fare o non fare quest' esperimento.

Gli articoli modificati sono poi i seguenti.

L' art. 567 col corrispondente nostro art. 657 il quale ordina che tanto la domanda di conferma, quanto l' altra del dissequestro siano dedotte davanti al giudice di circondario o davanti al tribunale civile del domicilio del debitore sequestrato secondo le somme che fissano la rispettiva competenza, in conformità del nostro art. 91 e seguenti. Nel francese queste domande debbonsi portare avanti il tribunale.

L' art. 570 che nel nostro art. 660 ha ricevuto la stessa distinzione di citarsi il sequestratario davanti il giudice o il tribunale che dee prender cognizione del sequestro, e vi si son tolte le espressioni, senza previo esperimento di conciliazione.

L' art. 571 nel nostro corrispondente art. 651 che abilita il sequestratario a far la dichiarazione nella rispettiva cancelleria del giudice o del tribunale che dee conoscere del sequestro.

L' art. 574 che nel nostro art. 664 debbe intendersi colla stessa distinzione, riguardo alla cancelleria nella quale si debbono depositare i documenti giustificativi della dichiarazione del sequestratario.

L' art 577 francese ordina semplicemente che il sequestratario che trascuri di fare la sua dichiarazione o giustificarsi ne' modi prescritti verrà dichiarato debitore puro e semplice. Nel corrispondente nostro art. 667 si è aggiunto che » potranno però i giu» dici, anche in appello, ammettere la dichiarazione tardiva, ma » non dopo che sarà divenuto il giudicato inappellabile. »

Finalmente l' art. 579 si limita a prescrivere che qualora il sequestro o l' opposizione venga confermata, si procederà alla vendita ed alla distribuzione del prezzo in quella guisa che verrà significato nel titolo *della distribuzione per contributo*. Ma nel corrispondente nostro art. 669 è stato necessario aggiungervi che

» Trattandosi di sequestro o opposizione confermata da un » giudice di circondario, se il prezzo che si ritrae dalla vendita » consecutiva, non eccederà i ducati trecento, il giudice di cir» condario procederà alla detta distribuzione, ancorchè vi con» corrano altri creditori di somme che o unitamente o divisamen-

Per l'effetto delle opposizioni sulle cauzioni de' funzionarii e sui fondi comunali, vedete i pareri del consiglio di stato approvati il 12 agosto 1807 (*Bollet.* n. 2661 e 2662); e per le formalità delle opposizioni presso i cassieri de' pubblici fondi, osservate il decreto de' 18 dello stesso mese (*Bollet.* n. 2663.)

Riflettete 1. che non è ammessa opposizione al pagamento di una lettera di cambio che in due casi: quello della perdita della cambiale e quello del fallimento del possessore. (*Cod. di comm.* art. 149 † 148.)

2. Che se il credito produce interesse, colui il quale ha impedito il pagamento a via di sequestro presso il terzo, non ne dee meno gl' interessi fino al deposito.

E 3. che vi sono de' crediti i quali non possono essere sequestrati. Tali sono: 1. le rendite sullo stato. (*legge degli* 8 *nevoso anno* 6.)

2. Gli stipendii de' pubblici impiegati non sono sequestrabili che fino alla concorrenza del quinto sui mille franchi e le somme al di là; del quarto sui cinquemila franchi seguenti, e del terzo su tutto l'eccedente de' seimila franchi a qualunque somma possa ammontare. (*Legge del* 21 *ventoso anno* 9, *bollet.* n. 572.) Quanto agli stipendii ecclesiastici, essi non sono suscettivi di sequestro nella loro totalità. *Decreto del* 18 *nevoso anno* 11; *Bollet.*) Val lo stesso per le pensioni, soldi di ritiro, di riforma, pensioni militari e della legione d'onore. (*Decreto del* 7 *termidoro anno* 10, *bollet.* n. 865, e *parere del consiglio di stato approvato il* 2 *febbrajo* 1808, *bollet.* n. 3069) e ciò quand' anche le pensioni non fossero stabilite con decreto nè dovute dallo stato, ed ancorchè fossero pagate con fondi provegnenti da ritenute mensuali fatte agl' impiegati. Arresto di cassazione del 28 agosto 1815 (*bollet.* n. 56); salva tuttavia la ritenuta del terzo a favore della moglie e de' figli de' militari, a norma del *parere del consiglio di stato approvato addì* 11 *gennajo* 1808 (*Bollet.* n. 2937.)

3. Le rendite de' beni componenti i majoraschi.

» te eccedono i ducati trecento. Se poi il prezzo che si ritrarrà » dalla vendita ecceda i duc. 300, e non vi concorra che il solo » sequestrante di somma non maggiore di trecento ducati, il giu» dice procederà. Se però le somme de' creditori che vi concor» rono, eccedano o separatamente o tutte insieme i ducati tre» cento, il giudice dichiarerà la sua incompetenza. »

Nondimeno possono esser sequestrate fino alla concorrenza della metà, prima per debiti privilegiati espressi nell'art. 2101 ✝ 1970 del codice, e quindi per quelli che sono indicati nei numeri 4 e 5 dell'art. 2103 ✝ 1972, purchè in quest'ultimo caso non si tratti che di riparazioni. (*Decreto del 1 marzo* 1808, *bollet.* n. 3207, art. 51 52 e 53.)

4. Le provvisioni accordate per giustizia a titolo di alimenti, tranne per causa di altri alimenti.

5. Le somme e gli oggetti disponibili che il testatore o il donante ha dichiarati non suscettivi di sequestro;

6. Le somme e pensioni a titolo di alimenti, ancorchè il testamento o l'atto di donazione non ne abbia vietato espressamente il sequestro.

Nondimeno gli oggetti menzionati ne' due ultimi paragrafi possono essere sequestrati da creditori posteriori all'atto di donazione o all'apertura del legato, e ciò in virtù del permesso del giudice, e per la porzione ch'egli determinerà. (*Cod. di proced.* art. 581 ✝ 671 e 582 ✝ 672.)

Per altro malgrado il carattere d'*insequestrabilità* impresso in questi oggetti, non è prudenza per colui che n'è debitore il pagare in pregiudizio di un sequestro qualunque, poichè se accadesse che il sequestrante venisse a provare esser egli in uno de' casi di eccezione sopra mentovati, potrebbe far annullare il pagamento nel suo interesse.

Attualmente che ai termini dell'art. 559 ✝ 649 del codice di procedura qualunque atto di sequestro dee contenere l'enunciazione del titolo e della somma per cui è fatto può sorgere la seguente quistione: Pietro dee 10000 franchi a Paolo; Giacomo fa un sequestro nelle sue mani per la somma di 2000 franchi. Pietro può egli pagare a Paolo i rimanenti 8000, o qualunque altra somma minore? Sì, qualora nel tempo stesso e col consenso di Paolo egli paghi i 2000 franchi reclamati da Giacomo. Altrimenti la validità del pagamento fatto a Paolo dipenderà da ciò che avrà luogo in appresso. Se non sopravvengono altri sequestri, è chiaro ch'egli non potrà essere convenuto da Giacomo se non quando la somma che resta in sua mano non fosse bastante a soddisfare tutto ciò che potrà esser dovuto a Giacomo in capitale, interessi e spese. Ma se sopravvengono nuovi sequestri,

allora siccome la somma ch' egli tiene in mano, dovrà esser distribuita fra Giacomo e gli altri sequestranti, qualora avvenisse che mercè siffatta distribuzione Giacomo non fosse pagato interamente, avrebbe un regresso contro di Pietro onde farsi restituire la differenza che si troverebbe tra la somma da lui realmente ricevuta e quella che avrebbe dovuta ricevere se non fosse stato fatto pagamento. Dapoichè essendo questo un danno ch' ei soffre pel fatto di Pietro, Pietro dee per conseguenza indennizzarnelo. Ma è chiaro che i creditori i quali non avessero formato opposizione che dopo il pagamento fatto a Paolo, non avrebbero alcun regresso da esercitare contro di Pietro.

(262) *In forza del loro dritto.* Vale a dire che se il valore de' loro crediti non eguaglia quello del credito pagato in pregiudizio de' loro sequestri, non possono esigere dal debitore che il pagamento della somma sufficiente a pagarli.

(263) *Salvo il suo regresso contro del creditore*, ma solo nel caso in cui fosse turbato dal sequestrante. Se no, egli non ha alcun regresso. Poteva non pagare; ma se ha pagato, egli non può ripetere.

(264) *Da una sentenza passata in giudicato.* Abbiamo già veduto che la sentenza supplisce al consenso: *judiciis quasi contrahimus.*

(265) *Capace di pagare.* Sia il debitore medesimo sia un terzo nel caso in cui l' obbligazione può essere adempita da qualunque persona.

(266) *Che la condizione sia adempita.* Allorchè il credito è condizionale, non si può forzare il creditore a ricevere prima dell' evento della condizione, atteso che sarebbe lo stesso che imporgli l' obbligo di rendere ove la condizione venisse a mancare. Ora nessuno può esser costretto a contrarre una simile obbligazione.

(267) *Nel luogo convenuto pel pagamento. Quid*, se il creditore non ha domicilio nè reale nè eletto nel luogo convenuto pel pagamento? Io credo che questo caso debb' essere pareggiato a quello in cui il reo convenuto non ha domicilio cognito, e che si dovrebbe applicare il n. 8 dell' art. 69 † 164 del codice di procedura.

Se vi ha un luogo convenuto pel pagamento, ciò porterà forse derogazione all' art. 584 † 674 del codice di procedura il quale ingiugne al creditore che vuol se-

questrare di scegliere nell' atto di usciere che precede il sequestro un domicilio nel comune in cui dee farsi l'esecuzione, se tuttavia non vi dimori, e che permette al debitore di fare in detto domicilio eletto qualunque notificazione non escluse quelle di offerte reali e di appello? L' affermativa fu giudicata nella corte di Parigi e nella cassazione il 28 aprile 1814, (Sirey, 1814, 1. parte, pag. 209.) Malgrado questi due arresti, io non considero il caso come interamente fuori di controversia. È certo che l' art. 548 contiene una eccezione alla regola ordinaria, eccezione fondata sull'essersi voluto facilitare al debitore contro il quale si è sul punto di eseguire sui mobili, il mezzo di arrestare un sequestro con valide offerte; ora lo scopo della legge andrebbe fallito se ciò non avesse luogo in tutti i casi. D' altronde l' art. 584 non contiene veruna eccezione (a).

(268) *Alla persona o al domicilio del creditore.* L' art. 1247 † 1200 dice però che nei casi ordinarii il pagamento debb' esser fatto nel domicilio del debitore. Ma è chiaro che il debitore non può fare delle offerte nel suo proprio domicilio. Del resto anche in questo caso l' effetto dell' art. 1247 sarà che se per fare le offerte al domicilio del creditore, è stato il debitore obbligato ad alcune spese pel trasporto della cosa offerta, il creditore sarà tenuto a rimborzargliene il valore se alla fine le offerte son giudicate valide.

Quid, se vi sia nel contratto una persona indicata a ricevere il pagamento? Le offerte possono essergli fatte; la regola generale si è che si può offrire a colui al quale si può pagare, e viceversa chi può pagare può solo far valide offerte.

(a) Nè il corrispondente nostro art. 674 ne contiene tuttochè riformato: poichè la riforma è caduta in ciò che il precetto dee contener pure *la notificazione del titolo dell' attore, se questa non è stata fatta antecedentemente.*

Conviene però su questa quistione osservare che l' indicazione del luogo pel pagamento accompagnata pure della designazione d' una persona al di cui domicilio debb'esser adempito non equivale affatto ad una elezione di domicilio fatta dal creditore per l' esecuzione dell' atto conformemente al disposto nell' art. 111 † 116. Così venne deciso dalla cassazione di Francia coll' arresto del 29 ottobre 1810. (Sirey an. 1810 pag. 378.) Ma sarebbe diversamente in materia di commercio; veggasi l' art. 420 † 626 del codice di procedura.

Quid, se il creditore è ignoto; come, qualora si tratti di effetti di commercio suscettivi di esser trasmessi per mezzo della girata, e che s'ignori in quali mani si trovino? La legge del 6 termidoro anno 3 statuisce, che se il biglietto non è presentato ne' tre giorni della scadenza, il debitore è autorizzato a consegnare la somma ed a rimettere l'atto del deposito in cambio del biglietto quando gli sarà presentato; e la somma depositata debb' essere sborsata senza altra formalità che la restituzione dell'atto di deposito sottoscritto da colui che riceve. S'egli non sa scrivere, se ne fa menzione ne' registri.

(269) *Per l'esecuzione dell'atto*, salvo ciò che si è detto nella penultima nota relativamente al caso preveduto dall'art. 584 † 674 del codice di procedura.

(270) *Autorizzato a questa sorte di atti*, vale a dire un usciere.

(271) *La totalità della cosa. Quid*, se le offerte eccedono la totalità della cosa dovuta? Io penso che bisogna distinguere se la somma è composta di più parti, talchè il creditore possa prendere ciò che gli è dovuto e lasciare il restante, le offerte son valide, *quia majori summae minor inest*. Ma ove la cosa offerta sia tale che il creditore fosse obbligato a restituire *de suo*, come ciò ha potuto accadere nel tempo della carta monetata, allorchè non vi erano piccioli biglietti, io credo che le offerte debbono essere considerate come nulle e non avvenute.

(272) *O della somma esigibile*. Il debitore può anche offrire ciò che non è ancora esigibile, ammenochè, come si è già detto, il termine non sia stato stipulato in favore del creditore.

(273) *Se il creditore le ha ricusato*. Osservate che le offerte non accettate nulla cambiano al dritto del creditore. In conseguenza il debitore può dar loro corso e liberarsi col deposito; ma s'egli non l'ha fatto, e che il credito, per esempio, non sia scaduto, il creditore non può argomentare dalle offerte ricevute onde pretendere che sia divenuto esigibile, ed agire quindi pel rimborso.

(274) *E senza aver bisogno di esservi autorizzato dal giudice. Quid*, se il creditore impugna la validità delle offerte? Ciò non dee impedire il deposito; che se

il debitore non depositasse, gl' interessi continuerebbero a decorrere. Ma il deposito seguirà la sorta delle offerte. Se esse son dichiarate nulle, il deposito lo sarà egualmente, e si presumerà che gl' interessi abbiano continuato a decorrere. Dapoichè se le offerte son nulle, il creditore ha avuto ragione di ricusarle e per conseguenza il deposito non ha potuto pregiudicargli.

(275) *Nel luogo indicato dalla legge.* Dietro l' ordinanza del 3 luglio 1816, art. 1. (*Bollet.* 876) i depositi pecuniarii ordinati sia per sentenza, sia per risoluzione amministrativa, debbono esser fatti nella cassa de' depositi e consegne, la quale è tenuta di pagarne gl' interessi in ragione del 3 per 100 dal sessantunesimo giorno dalla data del deposito fino e non compreso quello del rimborso. (Articolo 14.) Coll' articolo 1 di una seconda ordinanza dello stesso giorno (*bollet.* n. 877), la stessa cassa è autorizzata a ricevere i depositi volontarii.

Allorchè il deposito è puramente volontario e non accompagnato da veruna accettazione o opposizione debitamente notificata al ricevitore della cassa ove è stato fatto, la cassa non può esiger per restituirlo che la presentazione della sua propria ricevuta munita del discarico del deponente. Se vi è stata accettazione o opposizione notificata, il rimborso non può effettuarsi che in vista e sulla presentazione di una sentenza intervenuta fra le parti, e non sull' istanza (circolare ministeriale del 1 settembre 1812 riferita in Sirey, 1814, 2. parte, pag. 111), sentenza passata in forza di cosa giudicata, o di un atto notariale contenente il consenso dei terzi accettanti o opponenti. (*Parere del consiglio di stato approvato il* 16 *maggio* 1810, *bollet.* n. 5416.)

Nota. Un arresto di Parigi del 15 maggio 1816 ha giudicato che il deposito poteva farsi nel luogo del domicilio eletto per l' esecuzione dell' atto. (Sirey, 1817, 2. parte, pag. 52.)

(276) *Sino al giorno del deposito.* L' art. 816 † 899 del codice di procedura dice *fino al giorno della realizzazione*, il che può non essere la stessa cosa. Dapoichè s' intendeva anticamente per *realizzazione*, l' atto col quale il debitore reiterava nell' udienza col ministero d' un patrocinatore le offerte da lui già fatte al creditore e che questi avea ricusate. Tale *realizzazione* avea luogo allor-

chè vi era una domanda per la nullità delle offerte dalla parte del creditore, o per la validità delle medesime dalla parte del debitore. Ora se dal giorno di questo deposito effettuato gl' interessi cessano di correre, a norma del detto art. 816, è chiaro che vi ha derogazione all' art. 1259 † 1212 del codice civile. Si è preteso trovare una ragione della differenza in ciò. Nell' art. 1259 trattasi di un deposito puramente volontario vale a dire fatto senza alcun atto giudiziario. Or si comprende che in questo caso il debitore potrebbe ritardare il deposito affin di godersi gratuitamente la cosa offerta; ed è per prevenire gli effetti di questo ritardo che fu deciso non dover cessare gl' interessi che dal giorno del deposito. Ma nell' art. 816 si tratta di un deposito pel quale si domanda l'autorizzazione del giudice, e riguardo a cui non si possono avere gli stessi timori. Il debitore non può ritardare la domanda per la validità, poichè ha dovuto esser formata prima della *realizzazione* nell'udienza. D'altronde nel primo caso egli può depositare immediatamente dopo di aver proposto le offerte; nel secondo, egli è nell' obbligo di attendere la decisione del giudice; quindi non sarebbe giusto fargli pagar gl' interessi durante questo tempo decorsi. A tutti codesti argomenti si può rispondere:

1. Che nel codice di procedura non dee avvertirsi derogazione alcuna al codice civile se non quando vi sia formalmente espressa.

2. Che nell' articolo 816 si tratta non solo del caso in cui il creditore domanda la nullità delle offerte, ma benanche di quello in cui ne domanda la validità il debitore.

3. Che in tutte le circostanze possibili il debitore potrebbe formare una domanda per la validità delle offerte, rendere con essa giudiziario il deposito, ed eludere così la disposizione dell' art. 1259 che fa decorrere gl' interessi fino al giorno del deposito.

4. Che la domanda per la validità essendo tutta nell' interesse del debitore il quale non vuol correre il rischio di far un deposito nullo, non sarebbe giusto ch' egli potesse migliorare la sua condizione con una procedura alla quale non è obbligato e ch' ei fa solo per precauzione.

5. Che lo stesso motivo il quale ha fatto decidere che nel deposito volontario non cesserebbero gl' interessi

se non dal giorno del deposito, esiste egualmente nel deposito giudiziario, poichè dopo della *realizzazione* nell'udienza, il debitore può ritardare il giudizio, ed anche dopo la sentenza, ritardare il deposito.

6. Finalmente che non è esatto il dire esser il debitore obbligato ad aspettare la decisione del giudice. Nella penultima nota noi abbiam dimostrato che il debitore può depositare, anche quando le offerte sono impugnate; tantoppiù dunque ov' esse nol sono, ed è egli che forma la domanda per la loro validità.

Dietro questi motivi, io penso che non si possa stabilire alcuna differenza tra il deposito volontario ed il deposito giudiziario, e che per la parola *realizzazione* dell' art. 816, bisogna intendere il deposito della somma nella cassa incaricata di riceverla. Questa interpretazione mi sembra tantopiù fondata in quantochè non vediamo in nessun luogo che sulle domande per validità o nullità di offerte, il codice di procedura esiga la *realizzazione* come anticamente intendevasi, vale a dire la reiterazione delle offerte nell'udienza. Ora sembra che se l'intenzione del legislatore fosse stata che gl' interessi cessassero di correre dal giorno di siffatta *realizzazione*, egli ne avrebbe almeno parlato più particolarmente, avrebbe prescritto il momento ed il modo di farla, ec. Bisogna dunque prendere qui la parola *realizzazione* nel suo vero significato, vale a dire per l'atto col quale si effettua il pagamento reale, ossia, ciò che val lo stesso nel caso nostro, il deposito (a). (V. nell' antico Denisart, *verbo*

(a) È molto discussa questa quistione in Toullier, l. c. n. 225 e seguenti. Dopo d'avere stabilito che giusta l'art. 1257 + 1311 la volontaria offerta seguita dal deposito libera il debitore, e dimostrato che vi era con ciò evidente contradizione coll'art. 1259, dice che per farla cessare surse la disposizione dell' art. 816 del cod. di procedura, che, derogando all' art. 1259 del codice civile toglie la contraddizione che vi esisteva. Risponde all' opinione degli autori che credono trovare contraddizione tra l'art. 816 di proced. e l'art. 1259 civile, e si oppone all'idea che la voce *realizzazione* significhi lo stesso che il *deposito*. *Realizzare* dic' egli è render reale ed effettivo ciò che non era che un progetto. Io offro di pagarvi ciò che vi debbo. Nulla vi è di reale in quest' offerta sino a che resta sulle mie labbra, sino a che non l'abbia effettuata e resa reale, presentandovi, esibendovi la cosa o la somma dovuta in modo da mettervi nel caso d'impossessarvene. E allora le mie vocali offerte divengono reali, ossia

INTERÊTS n. 4, un arresto emanato dal parlamento di Parigi il 30 marzo 1767, il quale giudicò che la reiterazione delle offerte fatta nell' udienza non aveva impedito il corso degl' interessi. (V. altresì ROUSSEAUD DE LA COMBE, V. CONSIGNATIONS n. 1., e la l. 19. cod. *de usur.*)

Alcune persone hanno emessa diversa opinione. Esse han preteso che per la parola *realizzazione* bisognava intendere le offerte reali medesime; che per conseguenza l' art. 816 del cod. di proced. deroga in questo punto all' articolo 1259 del codice civile, e che si concilia al contrario perfettamente col 1257 + 1210 dello stesso codice. In effetti, si aggiugne, dice quest' ultimo articolo che le offerte seguite da deposito liberano il debitore. Dunque, si conchiude, il debitore è liberato dal giorno delle offerte, se tuttavia evvi deposito susseguente: ovvero in altri termini, la liberazione risultante dalle offerte si presume aver luogo sotto la condizione sospensiva, se vengon seguite da deposito. Ora l' adempimento della condizione sospensiva ha un effetto retroattivo all' epoca dell' atto medesimo; dunque allorchè si è eseguito il deposito la liberazione si presume aver avuto luogo dal giorno delle offerte; dunque gl' interessi han dovuto cessare da quel giorno medesimo; giacchè ripugnerebbe che il debitore fosse liberato e che continuassero a decorrere gl' interessi. Ma, sulle prime, io non credo che l' art. 1257 debba essere inteso così; certamente le parole, *le offerte seguite da deposito liberano* ec., sono sinonimi di queste: *il debitore è liberato con le offerte reali ed il deposito*. Dunque, perchè vi sia liberazione, bisogna che vi sieno ad un tempo offerte reali e deposito: e questa interpetrazione si trova convalidata, 1. dall' art. 1259

---

si realizzano. Confuta l' opinione del sig. TARRIBLE, e la distinzione fatta da PIGEAU » Il sig. DELVINCOURT, dice ancora, ha pro» vato che questa distinzione non è fondata su di alcun ragio» nevole motivo; ma non volendo vedere nel codice di pro» cedura alcuna derogazione al codice civile, se non quando vi » sia formalmente espressa, finisce col dire come il sig. TARRIBLE » che per la *realizzazione* bisogna intender il deposito o la con» segna.

Che che sia di questa quistione le nostre leggi di procedura hanno adottato il parere del nostro autore nell' art. 899 ordinando che cessino gl' interessi dal giorno in cui *sarà effettuato il deposito* e non da quello in cui si saran realizzate le offerte. Per altro riflettasi che nelle conseguenze questi due autori si accordano, come nella fine di questa nota è spiegato.

che fa decorrere gl' interessi fino al giorno del deposito; dunque non è che il deposito il quale rende compiuta la liberazione: e 2. dall' osservare che il codice non stabilisce alcun termine per effettuarsi il deposito; dal che risulterebbe nel sistema da me combattuto che il debitore potrebbe contentarsi di fare delle offerte e tenersi quindi in serbo il danaro per farlo valere a suo vantaggio. Si oppone l'articolo 816 del codice di procedura; ma dando al vocabolo *realizzazione* il significato che io qui gli attribuisco, e che nel fatto è il più grammaticale, qualunque contradizione sparisce. I partegiani dell' opinione contraria oppongono ancora un arresto della corte di cassazione del 27 fiorile anno 10 (Sirey, anno 10, pag. 301) con cui fu rigettato il ricorso avverso una decisione portante che l'acquirente il quale avea fatto offerte reali, e domandato quindi di esser autorizzato a depositare, domanda cui i creditori del venditore si erano indebitamente opposti, non doveva gl' interessi che fino al giorno delle offerte. Ma in primo luogo si tratta qui di un arresto di rigetto fondato, come si dice nelle considerazioni, sul non esservi alcuna legge che proibisce ai tribunali il far sopportar la pena del ritardo a coloro i quali non vi han dato occasione. In secondo luogo era generalmente ricevuto nell' antico dritto che il deposito doveva esser autorizzato dal giudice; non sarebbe dunque stato giusto condannare al pagamento degl' interessi fino al giorno del deposito l'acquirente il quale avesse voluto depositare e che ne fosse stato impedito da' cavilli de' creditori del suo venditore. Quest' arresto non è dunque applicabile all' attual dritto, sotto l'impero del quale il deposito non ha bisogno di esser autorizzato dal giudice.

Dall' essere il deposito necessario per liberare il debitore e far cessar gl' interessi, non se ne dee conchiudere che le offerte sole sarebbero interamente inutili. In effetti la disposizione che fa correre gl' interessi fino al deposito è forse contraria allo stretto dritto; mentre sol perchè il debitore ha purgato la mora, ed ha per l' opposto messo in mora il creditore, sembrerebbe che quest' ultimo dovesse non poter più esigere interessi; ma si è pensato che continuando il debitore a goder del danaro, sarebbe giusto che ne pagasse gl' interessi; e che d' altronde non avendo la legge stabilito termine pel deposito, il più sovente il debitore non depositerebbe se non vi

fosse determinato dal desiderio di far cessare l' interesse. Dietro ciò bisogna dire che le offerte sole costituiscono in mora il creditore, nel senso che producono esse l' effetto di liberare il debitore da tutte le obbligazioni secondarie che avrebbe potuto contrarre pel caso d' inadempimento dell' obbligo principale in una dilazione prescritta, come sarebbero la clausola penale, ec. , e di far sopportare al creditore la perdita occasionata dalla diminuzione delle specie offerte sopravvenuta nel tempo trascorso dalle offerte al deposito.

(277) *Dall' uffiziale pubblico.* Fu giudicato in Nimes il 22 agosto 1809 e giustamente , che il processo verbale fatto dal ricevitore de' depositi, non presente l' usciere, era nullo ed induceva la nullità del deposito. (*Giorn. della giurispr. del cod. civ.* , tom. 13 , pag. 236).

(278) *Con l' intimazione di ritirare la cosa depositata.* Il debitore è egli liberato dal giorno del deposito , o dal giorno della notifica del processo verbale? L' articolo esige quattro condizioni per la validità del deposito, una delle quali è la notifica del processo verbale dell' atto del deposito. Sino a che dunque tale notifica non è stata fatta, il deposito non è valido nè il debitor liberato. Nè osta che gl' interessi cessano dal giorno del deposito ; giacchè *stricto jure* dovrebbero cessare dal giorno delle offerte , essendo da quel giorno il creditore in mora di ricevere ; e se si fanno decorrere fino al giorno del deposito , si è perchè da quel giorno solo è certo che il debitore non trae più alcun profitto dalla cosa o dalla somma offerta. (E ciò conferma la decisione contenuta nella penultima nota). Ma ciò non impedisce che la liberazione debba aver luogo soltanto dal giorno della notifica del processo verbale ; giacchè siccome questa notifica non si esegue che quando il debitore è contumace nell' atto del deposito, soltanto dal giorno in cui essa fu eseguita il creditore è legalmente istruito che il deposito abbia effettivamente avuto luogo, ed è messo in mora per ritirarlo. Dunque sino a quel punto la cosa o la somma rimane a rischio del debitore.

(279) *Le spese sono a carico del creditore.* Ciò dee forse intendersi delle offerte seguite da deposito o delle offerte sole? ovvero, in una parola, le spese delle offerte accettate o ricusate , sono esse a carico del creditore

ancorchè non vi fosse deposito? Quanto alle offerte ricusate, non seguite da deposito e di cui il debitore non ha domandata la validità, non v' ha dubbio che sono a carico del debitore. Poichè non ha depositato, è chiaro che si presume aver egli riconosciuto l' insufficienza delle offerte. Quanto alle offerte accettate, ciò potrebbe dar luogo a maggiore difficoltà. Sembrerebbe sulle prime che dovrebbero andare egualmente a carico del debitore, dietro l' art. 1248 † 1201, il quale gli addebita le spese del pagamento. Ma peraltro siccome è da presumere ch' egli non si è indotto a far delle offerte che in seguito del rifiuto del creditore di riceversi il pagamento all' amichevole; siccome d' altronde, giusta l' art. 1247 † 1200, il pagamento dee farsi nel suo domicilio, e che per conseguenza non ha da sopportare le spese di quello fatto nel domicilio del creditore, io credo che le spese delle offerte accettate debbano caricarsi al creditore. D' altronde le spese della domanda sono del debitore, anche allora ch' egli paga dietro la citazione. Dunque *a pari*, le spese di offerte, anche accettate dal creditore, debbono essere a carico di lui.

(280) *A rischio del creditore*, il quale non è più allora creditore del primo debitore, ma del depositario. La diminuzione delle specie debb' esser messa a suo conto? Anticamente ciò non poteva patire difficoltà. Il ricevitore delle consegne era un semplice depositario che non poteva impiegare il danaro. Rimaneva dunque liberato rendendo identicamente le specie depositate. Oggi che la cassa de' depositi è autorizzata a far valere i fondi, poichè ne paga gl' interessi, si presume che ne divenga proprietaria; e quindi si dee applicarle l' art. 1895 † 1767.

Nota. Un arresto di cassazione del 16 giugno 1813 (Sirey, 1815, 1. parte pag. 300) ha pronunziato che il deposito libera il depositante riguardo al creditore, ma che potea non liberare costui riguardo ai sequestranti i sequestri de' quali avevano occasionato il deposito. Questa decisione poggia su buoni principii, per tutti i casi in cui i sequestranti non sono stati messi in mora circa l' obbligo di far distribuire fra loro le somme depositate. Nel caso dell' arresto citato si trattava di somme depositate in assegnati; e l' arresto ha deciso che colui sul quale si era eseguito il sequestro non avendole fatto distribuire, e non avendo messo in mora i suoi creditori

di farle distribuire, doveva essere risponsabile della diminuzione di prezzo.

(281) *Da una sentenza passata in giudicato.* Sempre dietro il principio già frequentemente rammentato: *res eodem modo dissolvi debet quo fuit colligata.* È stato necessario il concorso delle due volontà per formare l' obbligazione: lo stesso concorso richiedesi per definitivamente discioglierla. La volontà del debitore viene espressa con le offerte e col deposito; quella del creditore con l' accettazione o con la sentenza che all' accettazione equivale. Riguardo a ciò che debba intendersi per una sentenza *passata in giudicato*, vedete le note al titolo *de' privilegii e delle ipoteche.*

(282) *Può ritirarlo*, poichè fino a quel punto il debitore ne conserva la proprietà; pertanto la cosa è a rischio del creditore, poichè quando le offerte ed il deposito si suppongon valide, egli mal fece in ricusarle. Dee dunque indennizzare il debitore di tutto il discapito che può cagionargli simile rifiuto. Or questa indennità consiste nell' assumere il carico degli accidenti fortuiti cui può andar soggetta la cosa.

(283) *Non ha più ipoteca.* Osservate che non si parla più di privilegii i quali sono irrevocabilmente estinti e più non posson rivivere. Bisogna notare in effetti che con l' accettazione o la sentenza il credito è rimasto veramente estinto. Allorchè il creditore consente che il debitore ritiri il suo deposito, ciò, come lo diciamo nel testo, è una nuova obbligazione alla quale le parti, ove lo credano conveniente, possono ammettere nuove ipoteche, poichè l' ipoteca può stabilirsi per convenzion delle parti. Lo stesso non è del privilegio, il quale non dalla convenzione delle parti, ma dipende dalla natura del credito. Ora nell' ipotesi, il credito primitivo poteva di sua natura essere privilegiato; ma, lo ripetiamo, è stato estinto col deposito accettato o giudicato valido. Le parti possono dar origine ad una nuova obbligazione; ma non dipende da esse renderla privilegiata.

Quanto all' ipoteca, bisogna per la stessa ragione conchiudere che non è l' antica la quale rivive: essa fu estinta, come l' abbiamo detto. È dunque una nuova ipoteca. Ciò è importante, poichè in tal caso bisogna adempire a tutte le formalità richieste dalla legge quando si vuole stabilire un' ipoteca convenzionale; onde fa d' uo-

po atto notariale, specialità dell' ipoteca, nuova iscrizione, ec. L' art. 1263 † 1216 si è contentato di esprimer ciò in modo generale, poichè quando fu redatto s' ignorava quali sarebbero state le forme definitivamente adottate per lo stabilimento e la conservazione dell' ipoteca.

(284) *A suo piacere.* Un pagamento così fatto con anticipazione, potrebbe mai esser impugnato dai creditori del debitore? Vedete le note 119 e 212.

(285) *A favore del creditore.* Osservate che il rimborso de' capitali dovuti ad ospizii, comuni, chiese ec. non può esser fatto se non dopo che gli amministratori sono stati avvertiti un mese prima. (*Parere del consiglio di stato approvato* il 21 dicembre 1808, *bollett.*, n. 4034). Peraltro sarei proclivo a opinare che questa disposizione la quale ha per oggetto di dare agli amministratori il tempo di trovar l' impiego del danaro, non concerne che il rimborso de' capitali dovuti senza termini, come rendite e simili; giacchè quando esiste un termine, esso avverte abbastanza. (Argomento tratto dagli art. 1736 † 1582 e 1737 † 1583).

Nota. Fu deciso in Colmar, e con ragione, il 22 maggio 1812 (Sirey, 1814, 2. parte pag. 82), che quando il debito è pagabile in più rate, la quietanza di una rata senza riserva dee far presumere il pagamento delle rate anteriori.

(286) *La condizione non siasi adempiuta.* Poichè fino a quel punto non v' ha obbligazione: la cosa non è dunque ancora dovuta.

(287) *Indicato nella convenzione*: Sia che la indicazione venga espressa, sia che risulti dalle parole dell' atto costitutivo dell' obbligazione (a). Ma notate, 1. che non bisogna confondere l' indicazione del luogo del pagamento con l' elezione del domicilio. Le notificazioni fatte nel luogo indicato pel pagamento sarebbero nulle. Così giudicò la cassazione il 29 ottobre 1810. (Sirey, tom. 10, 1. parte, pag. 378). 2. Che in materia di commercio l' art. 420 † 626 del codice di procedura permette di citare innanzi al giudice del luogo ove il pagamento debb' essere effettuato. Ma la citazione dee sempre

(a) Vedete al *Nuovo Repertorio* V. *Legato* sez. 5, §. 2, n. 4.

notificarsi alla persona o al domicilio del creditore (a).

(288) *Al momento in cui fu contratta l' obbligazione.* Io ho depositato un mobile in casa vostra; indi ve lo presto. Dovete voi rendermelo in vostra casa? Il dubbio sorge perchè v' ha novazione. Il contratto di deposito non esiste più: non rimane che quello del prestito. Ora quando questo ebbe luogo il mobile era nella vostra casa. Nondimeno io avviso che dovete rendermelo in casa mia. Nel momento del prestito v' ebbe tradizione *brevi manu.* Si presume che voi mi abbiate restituita la cosa *ex causa depositi*, e che io ve l' abbia consegnata *ex causa comodati.* Ora è di uso che il mutuatario venga presso il mutuante a prendere la cosa prestata. Si dee dunque supporre che voi abbiate preso il mobile in casa mia, e quindi applicare l' art. 1247 † 1200.

(289) *Nel domicilio del debitore.* Se però avesse il debitore dopo l' obbligazione cambiato domicilio, e che ne avesse preso un altro più lontano da quello del creditore, io giudico che dovrebbe indennizzar questi delle spese di consegnazione.

Osservate che nella vendita, in mancanza di convenzione, il pagamento del prezzo dee farsi nel luogo ove l' oggetto venduto debb' essere consegnato. (Art. 1651 † 1497).

(290) *Può occasionare.* Tali sono le spese di carta bollata per la quietanza; i diritti del notajo, se l' atto è steso da lui (b).

Osservate che la regola relativa al bollo non si applica allo stato. Le quietanze che debbono dargli i particolari vanno bollate a loro spese. (Art. 29 della legge del 13 brumale an. 7).

(291) *A suo carico.* Però le spese del registro fatto

(a) *Quid*, nel caso di essersi convenuto il pagamento da farsi in due luoghi differenti? Se questi luoghi sono riuniti colla congiunzione *e*, come a Napoli e in Foggia, il pagamento dee farsi per metà in ciascun luogo; se per la particella disgiuntiva *o*, a Napoli o a Foggia, dee farsi nel totale in un di questi luoghi a scelta del debitore, l. 2. §§. 3 e 4 ff. de *eo quod certo loco*: V. Pothier n. 241., e Toullier n. 89.

(b) Toullier, l. c. n. 95, avrebbe desiderato che fatta si fosse nell' art. 1248 † 1201 un' eccezione molto equa nel caso del creditore che non sa scrivere non essendo giusto che il debitore paghi un atto notariale per averne una quietanza.

prima della scadenza non sono a carico del debitore che quando egli ha ricusato di liberarsi dopo la scadenza o l' esigibilità del debito. (Legge del 3 settembre 1807, art. 2, bollett. n. 2741). Vedete ancora l' art. 193 † 287 del codice di procedura.

(292) *Costretto a riceverla. Quid* se il creditore vi acconsente? Ne risulta il contratto chiamato *datio in solutum*, contratto che ha molta affinità con quello di vendita. Per conoscerne le differenze vedete al 7 vol. la nota 26 al titolo *della Vendita.*

Quid, in questo caso, quando il creditore soffra l'evizione della cosa che acconsentì a riceversi in pagamento? L' antica obbligazione rivive, ma solamente in ciò che concerne il debitor principale. Per tutto quel che interessa le terze persone, essa è irrevocabilmente estinta. V. nel vol. VIII la nota ultima al titolo *della Fidejussione.*

(293) *Costituito in mora*; ammenochè, in quest' ultimo caso, il debitore non possa provare che le deteriorazioni avrebbero avuto luogo egualmente presso il creditore se la cosa gli fosse stata consegnata. (Art. 1302 † 1256).

(294) *A norma delle circostanze. Quid*, se la cosa è interamente perita? Se la perdita ha avuto luogo senza il fatto e la colpa del debitore, e prima ch' egli fosse in mora, è liberato. Se dopo la mora, egli è liberato egualmente ove possa provare come sopra, che la perdita sarebbe avvenuta egualmente in mano del creditore qualora gli si fosse consegnata la cosa. (Art. 1302 † 1256). Se la perdita è sopravvenuta pel fatto del debitore, egli dee il prezzo della cosa con i danni ed interessi, se vi ha luogo. Circa la base secondo la quale debb' esser fatto l' apprezzo, vedete la nota 20 al titolo *del Prestito.*

(295) *Soltanto dalla sua specie. Quid* se trattasi di cose *generis limitati?* Io son di parere che in questo caso l' obbligazione dee riputarsi alternativa, e che in conseguenza la scelta appartiene al debitore. (Art. 1195 † 1148) (V. nel vol. 8 la nota 6 al titolo *della Vendita*).

(296) *Della migliore qualità.* La parola *specie* trovasi ripetuta due volte nell' articolo 1246 † 1199; ma

non debb' esser presa nel medesimo significato. È chiaro che la seconda volta è sinonimo di *qualità*.

(297) *Costringere il creditore.* Ma il creditore può esservi costretto dalla legge, come nel caso della compensazione. Allorchè i due debiti non sono eguali, quello che ha il maggior credito è obbligato di soffrirne l'estinzione fino alla concorrenza del minore. (Art. 1290 † 1244).

Si ammetterebbe forse nel nostro drítto la decisione della legge 31 ff. *de reb. credit.*, la quale in caso di controversia tra il creditore ed il debitore sulla quantità del debito, permette a questi di offrire ciò che conviene di dovere, salvo di pagare il dippiù nel caso che vi sarà condannato dalla sentenza che dovrà intervenire ? Io non lo credo. Una simile disposizione a troppi inconvenienti darebbe luogo. Basterebbe che un debitore impugnasse una parte del debito, perchè fosse costretto il creditore a riceversi un pagamento parziale. Nè osta l'art. 535 † 618 del codice di procedura ; giacchè questo articolo permette a colui al quale è reso un conto, di richiedere un mandato esecutivo per la riscossione della somma residuale di cui la parte che ha dato il conto si è riconosciuta debitrice, salvo a discuterlo pel soprappiù ; ma esso non permette al debitore di offrire il pagamento della medesima somma : e ciò conferma il principio che il creditore può acconsentire a ricevere un pagamento parziale, ma che fuori del caso dell' art. 1244 † 1197, il debitore non può mai costringervelo.

(298) *Il pagamento parziale.* Osservate che se il debito produce interesse, non si può costringere il creditore a ricevere il capitale, anche per intero, se non gli si pagano gl' interessi scaduti. (Art. 1254 † 1207).

Quid, se il debitore dietro il rifiuto del creditore ha depositato solamente una parte del debito ? Gl' interessi decorrono sempre anche per la parte depositata. Il deposito essendo nullo, non produce verun effetto.

Quid, se il creditore ha consentito a ricevere un pagamento parziale ? Il pagamento è valido, ed il debito estinto in parte, eccetto in tre casi :

1. Se il debito è alternativo e che sia stata pagata una parte dell' una delle due cose, anche col consenso del creditore, l'effetto di questo pagamento è sospeso fino al pagamento definitivo. Se il debitore paga il rima-

nente della stessa cosa, il pagamento parziale è stato valido sin dal principio, ed il debito estinto per una parte. Ma s' egli paga l' altra cosa per intero, allora il primo pagamento è nullo e non ha prodotto alcun effetto. (L. 26 §. 13 ff. *de condict. indeb.*). Il creditore non si presume aver consentito a ricevere parte di una cosa, se non perchè ha sperato che gli si pagherebbe il restante della medesima cosa. Non si può supporre ch' egli abbia consentito a ricevere parte di una cosa e parte di un' altra.

2.° Se il debito è indeterminato. Applicate la stessa distinzione.

3.° Se il creditore ha consentito a ricevere una cosa in pagamento di ciò che gli era dovuto, come di una somma di danaro, e che sia evitto per una parte della cosa istessa, il debito rivive per intero. È lo stesso s'egli ha ricevuto più cose in pagamento e che soltanto per una di esse soffra l' evizione. (L. 46 §. 2, ff. *de solut.*) Si presume che il creditore non abbia a ciò consentito se non perchè sperava aver la cosa intera nel primo caso, o averle tutte nel secondo.

(299) *Di un debito.* Altrimenti, se ve ne son molti, purchè ne paghi egli uno per intero, il debitore può allora costringere il creditore a ricevere, e può dichiarare pagando qual' è il debito ch' ei pretende soddisfare. Vedete il §. seguente. Notate che ciascuna rata di frutti, pigioni, ec. si riguarda come un debito separato che il creditore può esser costretto a ricevere separatamente, purchè tuttavia il debitore non paghi le ultime rate innanzi le prime. (Molin., *de divid. et individ.* parte 2. n. 44.)

(300) *In moderati termini o rate.* A prima vista l' art. 1244 + 1197 sembra permettere solamente al giudice di accordare dilazione pel pagamento, e non di autorizzare il debitore a fare pagamenti parziali. Ma bisogna osservare.

1.° Che il §. comincia con la parola *purnondimeno*; il che indica doversi fare una eccezione al principio precedente: ora questo principio è che non può farsi pagamento parziale.

2.° Che l' art. dice che il giudice può accordare *dilazioni*, in plurale; il che suppone esservi più dilazioni, e per conseguenza più pagamenti.

Notate altresì, 1.° che se il debitore è stato autorizzato a dividere il pagamento del debito, la mancanza di pagamento della prima rata rende esigibile il tutto; le dilazioni si presumono accordate sotto la condizione che i pagamenti si faranno alle scadenze indicate: e 2.° che la dilazione accordata dal giudice non toglie al creditore il dritto di far tutti gli atti conservativi necessarii che non possono nuocere al debitore ne' suoi beni, come quello di prendere iscrizione.

Quid, se il titolo è esecutivo? Siccome allora non occorre domanda nè sentenza, non può esser accordata dilazione. Così venne giudicato in Pau il 28 novembre 1807. (Sirey, 1812, 2.a parte, pag. 380.) Altrimenti ove il titolo è semplicemente autentico. (a)

Quid, se fu convenuto che non si potrebbe accordare alcuna dilazione? Io non credo che questa stipulazione debba avere più effetto della disposizione della legge medesima, la quale proibisce i pagamenti parziali; e d'altronde questa clausola diverrebbe usuale in tutti i contratti. Si oppone il favore del credito. Ma sembrami che si è fatto abbastanza pel credito decidendo cogli articoli 157 † 156 e 187 † 186 del codice di commercio, che i giudici non possono accordare dilazioni al pagamento di una lettera di cambio o di un biglietto ad ordine.

(301) *Nello stato medesimo*; vale a dire che se sia stata cominciata una procedura la quale sia soggetta a termini fatali, come un sequestro d'immobili, non si potrà computare in detti termini le dilazioni accordate dal giudice pel pagamento. In conseguenza mancando il pagamento alla scadenza del termine, il creditore potrà ricominciare le procedure dal punto in cui erano nel tempo in cui fu accordata la dilazione. (b)

(a) Vedete quel che abbiamo osservato sulla antecedente nota 112.

(b) È giusto che se le cose debbono rimaner nello stesso stato relativamente al debitore, debbano egualmente restarvi relativamente al creditore. Quindi se gli scade una successione, questi può formar opposizione al toglimento de' suggelli, opporsi alla divisione senza la sua presenza, ed al rimborso d'una rendita dovuta al debitore. Potrà egualmente far sequestrare una somma dovuta al debitore sudetto, quando sia esigibile prima dello scorrer delle accordate dilazioni. Tutto questo non essendo che atti conservativi

(302) *Alcuna ragione di preferenza.* (V. il titolo *di privilegii e delle ipoteche.*)

(303) *Per fare l'imputazione*; ma sempre secondo il principio che il debitore non può imputare se non sul debito ch' ei potrebbe costringere il creditore a riceversi. Dunque se nel numero de' debiti se ne trovi uno non iscaduto e nel quale il termine sia stato apposto in favore del creditore, il debitore non potrà applicarvi l' imputazione senza il consenso del creditore.

(304) *Prima sugl' interessi.* Anticamente si seguiva questa regola allorchè l' interesse era convenzionale; ma quando era moratorio, vale a dire, la conseguenza di una domanda giudiziale, s' imputavano sul capitale i pagamenti di cui non era fatta l' imputazione nè dal creditore nè dal debitore. (Pothier n. 534.) L' articolo non fa distinzione; e dalla discussione si rileva che non si è voluto farne alcuna.

Quid, se fu detto che l' imputazione sarebbe fatta sugli interessi soltanto, e che la somma pagata eccede ciò ch' è dovuto in interessi scaduti? Il soprappiù sarà imputato sul capitale e non sugl' interessi avvenire. (L. 102, §. 3, ff. *de solut.*) Se però fosse una rendita costituita, come il rimborso parziale non può aver luogo, potrà ripetersi l' eccedente, ovvero imputarsi su le annualità avvenire, a scelta del debitore.

(305) *Per parte del creditore*; non è dunque necessario che vi sia stato dolo propriamente detto, vale a dire fraudolenti maneggi; basta che si possa ragionevolmente presumere che il creditore ha potuto profittare della poca intelligenza del debitore; il che del resto si presumerà facilmente se il debitore è persona illetterata e che l' imputazione gli cagioni un danno reale. *Quid*, se la quietanza è data perchè debba valere per tutto quello ch' è dovuto? L' imputazione si farà a norma dell' art. 1256 + 1209. Ma cosa deesi intendere per *quel che è dovuto*? Tutti i debiti scaduti, tranne tuttavia quelli che fossero puramente naturali (L. 94 §. 3. ff. *de solut.*); e quelli che fossero litigiosi. Altrimenti ciò dovrebbe por-

---

hanno per oggetto di assicurare il pagamento del credito, senza cambiare durante le dilazioni suddette la posizione in cui era il debitore, e senza nuocere al godimento che avea nell' istante della sentenza. Vedi Carré sull' art. 125 del cod. di proced. quist. 413. pag. 221 e 222, e Toullier tom. 6. n. 673.

tare la rinuncia all' azione: ora una rinuncia ad un dritto che si pretende avere non può risultare che da una espressa dichiarazione, o da un fatto che suppone evidentemente il disegno di rinunziare. (Argomento, tratto dall' art. 2221 † 2127.)

(306) *Di soddisfare.* Per consegnenza sul debito che dà luogo all' arresto personale anzichè su quello che non vi dà luogo; su quello che produce interesse anzi che su quello che non lo contiene; sull' ipotecario anzi che sul chirografario; su quello che il debitore dee in suo nome, anzichè su quello che dee come fidejussore (L. 97 ff. *de solut.*), poichè riguardo a quest' ultimo egli gode il beneficio della escussione; su quello che è garantito da una cauzione, anzi che su quello che n' è privo (L. 4. *eod.*), poichè in questo caso egli adempie con due creditori. D' altronde il fidejussore ha un regresso per danni ed interessi, e non l' ha il creditore ordinario. Se trattasi del prezzo di un immobile ipotecato, l' imputazione dee farsi in preferenza sul debito al quale l' immobile era ipotecato; s' esso era ipotecato a più debiti, su quello la di cui ipoteca, vale a dire nel nostro dritto la di cui iscrizione, è più antica. (L. 96, §. 3, ff. *eod.*).

(307) *Sul più antico.* Che dobbiamo intendere per queste parole? Forse il debito che fu il primo contratto, o quello scaduto da più lungo tempo? Mi sembrerebbe quest' ultima interpretazione esser la più naturale: essa è inoltre consentanea alla decisione della legge 89 §. 2. *eod.* D' altronde sembra che in generale per la parola debito il codice intenda qui un debito esigibile; dunque per le parole, *il debito il più antico*, intende quello ch' è da più lungo tempo esigibile, vale a dire il più anticamente scaduto.

(308) *E di tutti gli accessorii.* Per accessorii di un debito s' intendono le obbligazioni secondarie che han per oggetto di assicurare l' adempimento della obbligazione principale, come le cauzioni, le ipoteche ec.

(309) *Dal debitore medesimo.* Non è già che colui il quale ha pagato sia in tutti i casi privo di azione contro del debitore per farsi rimborsare ciò che ha pagato. Ma non è più l' azione risultante dall' obbligazion primitiva la quale trovasi estinta mercè il pagamento; sarà dunque o l' azione di mandato, se per ordine del debi-

tore, o l' azione *negotiorum gestorum*, se senza di lui ordine il terzo ha soddisfatto il debito. Ma sarà sempre un' azione nuova semplicemente personale e che sarà sgombra da tutti gli accessorii che potevano essere uniti all' azion primitiva, come cauzioni, privilegii, ipoteche ec.

(310) *Surrogare dal creditore.* E ciò si chiama *la surrogazione convenzionale*, la quale ha il medesimo effetto della surrogazione legale, come or ora il vedremo. (a)

(311) *Non rimarrebbe estinta.* In questa guisa ho io creduto dover interpretare l' art. 1236 + 1189, il quale altrimenti presenterebbe una contradizione manifesta. In effetti l' ultimo paragrafo dice che l' obbligazione può essere estinta da un terzo che non abbia interesse, purchè nol faccia per subentrare ne' diritti del creditore; dal che si ha da conchiudere che s' egli subentra, l' obbligazione non è estinta; e non pertanto il primo paragrafo dice, che l' obbligazione può essere estinta col pagamento fatto da qualunque persona la quale vi abbia interesse, come un coobbligato o un fidejussore: ora in questo caso, ai termini dell' art. 1251 + 1204, evvi surrogazione legale. Dunque il primo paragrafo dice che l' obbligazione può essere soddisfatta quantunque vi abbia surrogazione; e dice il secondo che nol può, se non quando non vi abbia surrogazione. Ma la difficoltà giace in un equivoco il quale consiste nel doppio senso in cui è presa la parola *estinta*. Nel primo paragrafo, le parole, *l' obbligazione può essere estinta*, significano che il pagamento può esser fatto, che il creditore può non avere interesse; nel secondo queste parole medesime significano, che l' obbligazione può essere estinta. Ora quando vi ha surrogazione, vi ha pagamento riguardo al creditore; ma l' obbligazione non è estinta riguardo al debitore il quale non fa che cambiar creditore. (b)

(a) La sostituzione di un nuovo creditore all' antico, e la successione ai suoi dritti è quello che si chiama surrogazione; ed abbiam dato questo senso a tal voce seguendo più il dritto canonico che quello de' giureconsulti ed Imperadori romani. Essa è precisamente il contrario della *delegazione* che è la sostituzione d' un nuovo debitore all' antico, il di cui debito rimane estinto. Nella surrogazione la persona del creditore è quella che vien cambiata; nella delegazione è quella del debitore. V. Toullier, l. cit. n. 97.

(b) Vedi Toullier, l. c. tom. VI. n. 75, e tom. VII. n. 8, e 9.

(312) ***Di questa specie di surrogazione***, di cui si trovano esempii negli articoli 1407 † T. 1434 † T, e 1435 † T.

(313) ***In tutti i suoi dritti, azioni e privilegii contro il debitore.*** Non è necessario ripetere in modo giudaico tutte queste espressioni; basta che il creditore dica di surrogare colui che lo paga in tutti i suoi dritti contro del debitore. (a) Del resto questa operazione quando all' effetto è una vera mutazione senza garentia di solvibilità. Bisogna dunque che sia effettuata colla consegna de' documenti al cessionario; ed inoltre, perchè abbia il suo effetto riguardo ai terzi ed al debitore, bisogna che sia stata notificata a costui. (b) (V. al titolo *della vendita* cap. 6, sezione 1.a, §. 1.) Vi ha per altro questa differenza tra siffatta operazione ed un vero trasferimento di proprietà, che quando vi ha questo realmente, è inutile che si mentovi la surrogazione. La cessione di un credito ne comprende tutte le accessioni, come sarebbero le cauzioni, i privilegii e le ipoteche (art. 1692 † 1538.) Ma quando vi ha pagamento, non v'è surrogazione che quando le parti ne sono espressamente convenute. Del resto, come l' abbiamo detto, gli effetti sono assolutamente gli stessi, e convien quindi applicare all' uno ed all' altro caso gli art. 1690 † 1536 e 1691 † 1537.

Quid, se un creditore consente a cedere il suo dritto d' ipoteca o di privilegio ad un altro? È una specie di surrogazione che ha effetto in favore del cessionario; ma solamente fino alla concorrenza della somma per la quale il cedente aveva ipoteca o privilegio.

(a) Basta dunque che il creditore dica di cedere i suoi dritti in generale senz' alcuna spiegazione. Sembra che il contrario possa risultare dalla decisione della corte di Riom del 1 gennajo 1809 (Sirey, an. 1812, parte 2. pag. 200). Ma Toullier l' esamina e confuta così le considerazioni come l' estratto del redattore della raccolta nella nota 1. al n. 120 del cit. tomo VII.

(b) Esamina Toullier profondamente la quistione se per render valida una surrogazione bisogna rimetter nelle mani del nuovo creditore i titoli del suo credito. Egli crede che sia questa la terza condizione necessaria per rendere il surrogato proprietario de' dritti ceduti, e per impedire che un creditore di mala fede non li ceda ad un altro che sarebbe preferito al primo se i titoli fossero stati a costui rimessi prima che il debitore avesse pagato, o prima ch' egli avesse accettata la surrogazione, o che gli fosse stata notificata (V. l. c. n. 126 e seguenti).

(314) *In cui si fa il pagamento.* Il pagamento estingue l' obbligazione. Non si può subentrare ad un dritto che più non esiste. Bisogna dunque che la surrogazione abbia luogo nella stessa quietanza ; ma non è necessario che sia fatta avanti notaro: la legge non l' esige.

(315) *D' avanti notajo.* Ciò si fa onde prevenire la frode; altrimenti nulla farebbe costare che il prestito non è posteriore al pagamento, e che per conseguenza il danaro prestato ha realmente servito a pagare il creditore. Del resto io penso che la legge non richiede qui l'intervento del notajo che per rendere autentico l'atto. Se dunque l' autenticità esiste d' altronde ; come se la somma è stata depositata nella cassa de' depositi e consegne, e che l' origine del danaro sia provato dalla quietanza del cassiere, io dico che la surrogazione avrà luogo egualmente. (a)

(316) *Ad oggetto di fare il pagamento.* Ciò è per provare che il creditore sorrogato non ha consentito ad imprestare che sotto la condizione di poter egli surrogare.

(317) *Da detto imprestito.* Ciò è per provare che il danaro dato in prestito è realmente servito a fare il pagamento. Sarebbe possibile che il debitore avesse tolto ad imprestito la stessa somma da più persone, promettendo a tutte di surrogarle: come riconoscere allora quella il di cui danaro è realmente servito a pagare il creditore, se non esiste a tal riguardo alcuna dichiarazione nella quietanza? Si scorge da ciò che qualora colui che dà a prestanza non sia certo della buona fede del debitore, farà saggiamente se versa i fondi a dirittura nelle mani del creditore : altrimenti il debitore, negligente o di mala fede, potrebbe o non far menzione nella quietanza dell' origine del danaro o dichiararlo provegnente d' altra persona.

Ma notate, 1. che onde la surrogazione in una ipoteca possa farsi così con la sola volontà del debitore,

---

(a) Non è necessario dice Toullier, l. c. n. 116, che quest'atto sia fatto avanti notajo, come la legge l' esige riguardo alla surrogazione consentita dal debitore. Ma egli stesso avverte nella nota che se il creditore dopo d' aver surrogato Cajo con un atto in privata scrittura, surrogasse Tizio con un atto notariale, quest' ultima surrogazione prevalerebbe, perchè l' atto con privata scrittura non ha data assicurata contro de' terzi.

bisogna che l' oggetto ipotecato sia ancora in sua mano. S'egli lo ha venduto, la surrogazione non può aver luogo in questo modo. Tal è la disposizione della legge 2. ff. *de pignorat. act.* fondata sul riflesso che la surrogazione ha luogo bensì nell' antica ipoteca, ma solamente in virtù di un nuovo consenso del debitore: ora questi non può consentire ad una ipoteca su di un fondo del quale egli non è più proprietario. Siffatta ragione non essendo suscettiva di esser applicata alla surrogazione legale ed alla surrogazione convenzionale per parte del creditore, io credo che esse hanno luogo in tutti i casi in cui sono autorizzate dalla legge, ancorchè l' immobile ipotecato fosse anteriormente uscito dalle mani del debitore.

2. Che la surrogazione fatta dal debitore differisce da quella fatta dal creditore in ciò, che con la seconda il surrogante succede assolutamente a tutti i dritti del creditore, laddove con la prima egli non succede se non ai dritti ch'era in grado di acquistare nell' epoca in cui l' imprestito ebbe luogo. Se dunque l' imprestito è stato fatto in un' epoca in cui l' interesse del danaro non poteva eccedere il cinque per cento, a modo di esempio, e che abbia servito a restituire una somma imprestata all' undici per cento non potrà nondimeno colui che impresta, non ostante qualunque surrogazione, reclamare se non l' interesse del cinque per cento.

3. Che il creditore surrogato è garante dell' esistenza di tutti i dritti nei quali subentra. Se dunque ha surrogato generalmente in tutti i suoi dritti, gli basta di garentire l' esistenza del credito. Ma se ha surrogato ne' suoi dritti, privilegii ed ipoteche, e che sia giudicato non esser il credito nè ipotecario nè privilegiato, non v' ha dubbio ch' egli è soggetto alla garentia. Quando poi la surrogazione ha luogo pel fatto del solo debitore il creditore non è soggetto ad alcuna garentia; tutto al più vi sarebbe luogo contro di lui all' azione detta *condictio indebiti*, se fosse provato che il debito non esisteva, e se il pagamento fosse stato fatto per errore.

(318) *Può aver interesse.* Bisogna dunque che colui che paga abbia interesse che il debito sia estinto perchè la surrogazione legale abbia luogo. Bisogna dippiù che sia un interesse pecuniario; l' interesse di affezione non basterebbe. Per altro in materia commer-

ciale, la surrogazione legale ha luogo a vantaggio di colui che paga una lettera di cambio come terza persona, e senza alcun proprio interesse. (Codice di commercio art. 159 † 158.) Questa à una disposizione particolare introdotta in favore del commercio e per isparagnare al debitore il dispiacere di un conto di ritorno e le conseguenze di un protesto.)

(319) *Il creditore*: qualunque egli sia, ipotecario o chirografario. V' ha egual motivo, interesse medesimo.

(320) *Che ha dritto di essergli preferito. Quid*, s' è un creditore anteriore che paga un creditore susseguente? Egli può avere interesse per distogliere questo creditore dal fare degli atti giudiziali le cui spese dovendo esser pagate sul valore dell' asse, diminuirebbero per altrettanto la sua parte. Ciò è verissimo: quindi non si capisce perchè la surrogazione non è qui accordata che al creditore posteriore. Mi sembra che si potrebbe anche per analogia accordarla al creditore anteriore tutte le volte in cui fosse provato ch' egli ha potuto aver interesse a pagare al creditor susseguente.

(321) *O ipoteche*. Qual è l' interesse di questo creditore? Ei può averne molti. Primo caso: io sono creditore di Pietro per 10000 franchi con ipoteche su di una casa che ne val 20000. Mi precede nell' ipoteca su questa medesima casa Paolo, creditore di pari somma. Io ho molto interesse che il prezzo della casa non soffra veruna diminuzione, poichè altrimente mancherebbero per me i fondi. D' altra parte Paolo il quale è sicuro di esser pagato e non ha per conseguenza interesse a risparmiar delle spese, vuole espropriare la casa. Le spese della spropria sono a carico dell' acquirente; ma siccome egli non manca di farle entrare nel calcolo del prezzo che vuol pagare, è pur forza convenire ch' esse diminuiscono sempre il valor della casa; a me preme dunque di metter da banda Paolo onde rendermi arbitro delle procedure, e non far che quelle ch' io ordenerò convenevoli.

Secondo caso: siamo quattro creditori ipotecarii. Io mi trovo l' ultimo per ordine d' iscrizione, ed è da temersi che se la graduazione ha luogo, le spese che se ne dovranno pagare a preferenza facciano mancare i fondi pel mio integral pagamento. D' altro lato, ai termini dell' art. 775 † 859 del codice di procedura, la gra-

duazione, in caso di alienazione volontaria, non può essere provocata che quando vi sono più di tre creditori. In conseguenza io pago un creditore anteriore, e schivo così le spese della graduazione.

(322) *Nel pagare*. È d' uopo dunque ch' egli abbia pagato per acquistar la surrogazione. *Quid* se il creditore accetta una delegazione sull' acquirente, con termine e dilazione? Nel 14 luglio 1813 (Sirey, 1414, p. 1. pag. 38) la cassazione pronunciò che in ogni caso non ha luogo la surrogazione se non dal giorno del pagamento. Si trattava però di una delegazione imperfetta. È mio avviso che si sarebbe dovuto decidere altrimenti se la delegazione fosse stata perfetta, poichè l' effetto di questa delegazione è quello di liberare il debitore.

(323) *Era ipotecato*. Ma s' egli non paga se non il prezzo dell' acquisto, che bisogno ha della surrogazione? Rispondo che bisogna supporre non averlo egli purgato dalle ipoteche. Poichè se lo ha purgato, e che non vi sieno state maggiori offerte, egli non dee che il prezzo dell' acquisto; ed allorchè lo ha pagato ai creditori che vengono utilmente per graduazione, non può essere più disturbato. Ma se non ha purgato, egli è tenuto come detentore al pagamento di tutti i crediti ai quali l' immobile è ipotecato. Invano allegherebbe che ha pagato il prezzo del suo acquisto a creditori anteriori; un creditore posteriore non avrebbe perciò meno il dritto di obbligarlo a pagare o a rilasciare; ma se rilascia e che l' immobile sia venduto, egli può per mezzo della surrogazione esercitare sul prezzo della vendita i dritti de' creditori che ha pagati, e precedere così ai creditori susseguenti..

Ma se per evitare di rilasciare egli paga al di là del prezzo del suo acquisto, sarà surrogato per l' eccedente, sia sul prezzo dell' immobile medesimo se è venduto dopo a richiesta di altri creditori, sia sugli altri immobili sui quali i creditori da lui pagati potrebbero aver ipoteca? La ragione del dubbio si deduce dal perchè il paragrafo secondo dell' art. 1251 + 1204 sembra non accordargli la surrogazione che pel prezzo del suo acquisto. Nondimeno io penso ch' egli debb' essere surrogato per la totalità, se non in virtù del paragrafo secondo, almeno in virtù del paragrafo terzo dello stesso articolo, il quale accorda la surrogazione legale a coloro che essendo obbligati con altri o per altri al pagamento

del debito, abbiano interesse di soddisfarlo. Ora nel nostro caso l' acquirente era tenuto per e con il debitore principale a tutti i debiti ch' egli ha pagati. Egli aveva interesse di soddisfarli onde poter conservare l' immobile; dee dunque attendere la surrogazione. (a)

Ma non può risultare da questa disposizione un inconveniente? Il proprietario di due immobili l' ipoteca entrambi allo stesso credito; quindi entrambi li vende, ma ad epoche diverse. Il creditore agisce contra l' uno di essi ipotecariamente, ed ottiene così il pagamento di quanto gli è dovuto. Ma se colui che ha pagato fu surrogato ai diritti del creditore contro dell'altro acquirente e che da lui si faccia rimborsare, questi che secondo gli stessi principii sarà stato egualmente surrogato avrà il suo regresso contro del primo; ed ecco un circuito interminabile di azioni. D' altronde supponiamo che il debito sia di 20000 franchi, che l' uno degl' immobiii sia stato

(a) Toullier era di contrario sentimento e stabiliva per principio (l. c. n. 145) che l'effetto della surrogazione legale accordata all' acquirente non si estende che sui beni acquistati, e non augli altri beni del venditore. Ma egli ha ritrattato questo suo parere, e nella nota 2 al cit. numero rapportando l' opinione del nostro autore per intero, dice che si poteva rispondere non esser tenuto l' acquirente *per* e *con* il debitore principale. Ma è questa risposta ben solida? Domanda il Toullier, e prosiegue in questi termini. « Il num. 5, dell' art. 1251 † 1204 non esige cumulativamente per accordare la surrogazione legale a quegli che paga » per altri, ch' egli fosse tenuto *con*, e *per* altri, ma solamente » ch' egli fosse tenuto *con* altri, o *per* altri al pagamento del debito ch' egli avea per conseguenza interesse di soddisfare. Ora » non può negarsi che l' acquirente nel caso proposto non fosse tenuto *per* lo venditore. Avea egli dunque interesse a soddisfar il debito. Quegli che non è tenuto all' altrui debito » che ipotecariamente non è meno tenuto *per* altri. D' altronde » non si può nel caso proposto ricusare all' acquirente almeno la » qualità di creditore chirograforio. Ora noi abbiam provato n. » 141 in fin. che il creditore chirograforio che paga un creditore » ipotecario è surrogato nell' ipoteca di quest' ultimo. Finalmente » egli è certo che il codice ha esteso il caso della surrogazione » legale, molto più che l'antica giurisprudenza. Queste riflessioni » ci sono state suggerite da un savio magistrato amico della scienza M. Nicoon, e noi crediamo ritrattare la nostra prima opinione; e pensiamo presentemente che l' effetto della surrogazione legale accordata all' acquirente, nel caso del num. 2 dell' » art. 1251 si estende non solamente sui beni comprati, ma benanche sugli altri beni del venditore ipotecati al debito soddisfatto, e ciò in forza del num. 3 del detto articolo ».

venduto a Pietro per 10000, l'altro a Paolo per 15000, e che i due acquirenti credendo del pari libero il loro stabile, abbiano entrambi pagato il prezzo al venditore. Il creditore si presenta, si volge contro Paolo coll' azione ipotecaria e ritira da lui i suoi 20000 franchi. Se noi diamo a Paolo un regresso contro di Pietro, questi potrà opporre la regola *eum quem de evictione*, poichè pagando acquisterebbe egli stesso con la surrogazione un regresso contro di Paolo? Ma per l'opposto se non si accordasse il regresso ne seguirebbe 1. che il creditore avrebbe l'arbitrio di giovare quello de' due acquirenti che più gli piacesse, non rivolgendosi contro di lui; e 2. ch' egli sarebbe egualmente l'arbitro di gratificare a spese di Paolo i creditori che hanno ipoteca sull' immobile venduto a Pietro. Dapoichè se noi supponiamo che Paolo non ha regresso contro Pietro, ne risulterà che il prezzo intero dell' immobile da lui acquistato sarà il pegno de' creditori primeggiati da quello che Paolo ha pagato, ed i quali per mezzo del detto pagamento si trovano i primi nell' ipoteca. Per evitare siffatti inconvenienti parmi che si dovrebbe in questo caso considerare i due acquirenti come se fossero sotto alcuni rapporti condebitori solidali, ed in conseguenza far loro sopportare il debito comune a proporzione dell' interesse rispettivo. Così diremo nel caso proposto: il valore de' due immobili è di 25000 franchi, il debito di 20000, e per conseguenza di quattro quinti del valore degli immobili suddetti. Ciascun acquirente dee dunque esser tenuto pei quattro quinti del suo prezzo. Paolo dietro questo calcolo non essendo tenuto che al pagamento di 12000 franchi, avrà un regresso per 8000 contro di Pietro, il quale in questo modo si troverà non averne alcuno contro di Paolo.

Notate che nell' attual sistema ipotecario colui che subentra ai diritti di un creditore ipotecario dee badare acciò quegli non consenta a far cancellare la sua iscrizione, giacchè fu deciso e con ragione in Parigi il 29 agosto 1811 (Sirey, 1812, 2. parte, pag. 21) che in questo caso se il conservatore cancella in virtù di siffatto consenso, l'ipoteca rimane estinta non ostante qualunque surrogazione. D'altronde il creditore primitivo può ad ogni istante per fraudolente accordo col debitore consentire alla radiazione. È vero che colui che ha surrogato avrebbe il regresso contro di lui; ma questo regres-

so può esser fatto inutile per la sua insolvibilità. Io non veggo altro mezzo onde prevenire questo inconveniente che quello di far notificare, o rimettere al conservatore la quietanza del creditore contenente la surrogazione. Ne sarà fatta menzione in margine dell' iscrizione, e da quel momento la cancellazione non potrà aver luogo che col consenso del surrogato.

(324) *Con altri*, o *per altri*. *Per altri*, come un fidejussore; *con altri*, come un debitore solidale. Nell' antico dritto la surrogazione non aveva luogo che quando era stata domandata; e d' altra parte quando la domanda era fatta, il creditore non poteva ricusare la surrogazione. Era un giro assolutamente inutile e che il codice ha ben fatto di sopprimere, accordando la surrogazione *ipso jure*.

(325) *Sopra il suo credito*. Altrimenti, per gli altri crediti che potrebbero essergli dovuti. Esempio: Pietro è creditore di Paolo, 1. di 3000 franchi con ipoteca del 1 gennajo 1808 e con la cauzione di Giovanni, 2. di 2000 franchi con ipoteca del 1 decembre 1809. Giovanni paga come fidejussore il debito di 3000 franchi e così acquista la surrogazione legale. Sarà egli preferito a Pietro che resta creditore di 2000 franchi? Sì; senza dubbio. Sono due crediti assolutamente distinti che hanno ciascuno la lor ipoteca particolare. D' altronde non potrebbe succedere che Paolo avesse altri creditori le di cui ipoteche fossero posteriori alla prima ipoteca di Pietro ed anteriori alla seconda? Certamente sarebbero essi primeggiati da Giovanni come surrogato. D' altra parte essi primeggerebbero il secondo credito di Pietro. Non sarebbe assurdo dietro ciò che Giovanni primeggiasse creditori anteriori a Pietro e non già lo stesso Pietro?

Osservate del resto che il beneficio risultante dall' art. 1252 † 1205 è personale al creditore o ai suoi eredi, ma che non avrebbe luogo in favore di chi saldasse il rimanente del credito, ancorchè fosse un surrogato. Esempio: Pietro dee 6000 franchi a Paolo; egli prende in prestito da Giacomo 3000 franchi per fare un pagamento parziale. La surrogazione ha luogo. Nondimeno l' articolo decide che Paolo sarà preferito a Giacomo per li tre mila franchi restanti. Indi Pietro si fa dare in prestanza da Guglielmo tre altri mila franchi per saldare Paolo; e la surrogazione ha luogo egualmente. Se questa surrogazione si estendesse sino al privi-

legio risultante dall' art. 1252 + 1205, ne seguirebbe che Guglielmo andrebbe preferito a Giacomo, il che non sarebbe giusto, giacchè se l'uno dovesse esser preferito all'altro, sarebbe piuttosto Giacomo, il quale ha prestato il primo. Ma come entrambi rappresentano Paolo non vi sarà preferenza e verranno essi per concorrenza pagati.

Ma se dopo aver ricevuto i 3000 franchi da Giacomo, Paolo surrogasse egli stesso un terzo ne' suoi dritti, questo terzo sarebbe egli preferito a Giacomo, o concorrerebbe con lui? Io credo che bisogna distinguere se Paolo avesse venduto il suo credito ad un terzo, come si presume venderlo con tutti i diritti che ne risultano, così io direi che l'acquirente sia preferito a Giacomo, come lo sarebbe stato il venditore: ma se ha ricevuto il suo pagamento da un terzo, e che in virtù di questo pagamento egli lo abbia surrogato, io credo che questa surrogazione non dee avere maggior effetto di quella che sarebbe stata fatta dal debitore e che in conseguenza il surrogato verrà in concorso con Giacomo. La ragione della differenza può dedursi dal perchè, in caso di vendita, il creditore ha interesse che il pagamento del debito venga assicurato il più che sia possibile, poichè il prezzo della vendita sarà tanto più considerevole quanto sarà più certo il pagamento. Ora questo interesse non esiste nel secondo caso, poichè supponiamo che il creditore ha ricevuto semplicemente il suo pagamento, nè più nè meno. Giudicò in questo senso la corte di Parigi il 13 maggio 1815 (Sirey, 1816, 2. parte, pag. 338.)

Quid, nel caso seguente? Pietro compra da Paolo un fondo pel prezzo di 100000 franchi: paga una parte del prezzo ad alcuni creditori del venditore, e per fare questo pagamento toglie in prestanza diverse somme, ed adempie riguardo a quei che glie le forniscono tutte le formalità necessarie per far loro acquistare la surrogazione. Il fondo è rivenduto ad un prezzo inferiore de' 100000 franchi. Sorge allora una quistione di preferenza della quale ecco l'oggetto: quelli che hanno prestato i danari per pagare i creditori del venditore e che sono stati surrogati dall' acquirente, pretenderanno dover essere preferiti al venditore medesimo, poichè per mezzo della surrogazione essi esercitano i diritti de' suoi creditori ai quali non può pretendere di essere preferito. Il venditore reclama dalla sua parte la preferenza per la porzione del

prezzo che non è soddisfatta; *quid juris?* Il venditore debb' essere preferito. Osservate in effetti che il debitore può surrogare bensì il mutuante ma solamente nei dritti del creditore di lui debitore. Ora qui i creditori pagati non erano i creditori del debitore surrogante, ma del suo creditore, vale a dire del venditore. Essi non compariscono dunque che come rappresentanti, gli aventi causa del venditore medesimo. È per soddisfare il venditore ed in virtù delle sue delegazioni che i pagamenti sono stati fatti. È dunque il venditore che fu realmente ed effettivamente pagato, dunque soltanto ne' suoi diritti i mutnanti han potuto essere surrogati; e siccome egli non è interamente pagato, non v' ha dubbio che possa invocare la disposizione dall' art. 1252.

(326) *Che è estinto.* Ma basta che sia naturale perchè possa servir di base alla novazione. Così giustamente giudicò la cassazione il 13 febbrajo 1815. (Bollet. n. 14.)

(327) *Capaci di contrattare*, e di disporre dell' oggetto di cui si tratta. Quindi un minore emancipato è capace di far novazione per l' obbligo del suo fittuale, di quegli che gli dee i frutti di una rendita. Sarebbe lo stesso d' una moglie separata di beni.

(328) *È condizionale*, e che la condizione sia sospensiva, diversamente ove sia risolutiva, come sarà detto nella seguente nota 331.

(329) *Della condizione.* (L. 8, §. 1, e L. 14 ff. *de novat.*), poichè non è che da questo momento che esiste una nuova obbligazione. Ora è dell' essenza della novazione che vi siano due obbligazioni, di cui l' una sia sostituita all' altra. Il creditore non si presume allora aver acconsentito alla novazione che nel caso in cui la seconda obbligazione esistesse. Altrimenti se risulta dai termini della convenzione che l' intenzione delle parti è stata che alla prima obbligazione fosse in tutti i casi sostitnita la seconda, come se il creditore ha detto ch' egli consentiva acciò la tal cosa che gli era dovuta puramente e semplicemente, gli fosse dovuta sotto condizione. Ciò rientra nel caso della legge 8, cod. *de novat.*

Nemmeno v' ha novazione se la seconda obbligazione è nulla nel suo principio: la prima continua ad esistere. Ma bisogna ch' essa sia nulla sotto tutti i rapporti tanto naturali quanto civili. Se fosse unicamente naturale, ciò

basterebbe perchè vi fosse novazione. (L. 1, §. 1 ff. *de novat.*)

Noi diciamo *nulla nel suo principio*. Dapoichè se essa fosse valida, la novazione non esisterebbe meno quando quella venisse a resciudersi per una causa posteriore al contratto. (Argomento desunto dall' art. 2038 ✝ 1910.)

(330) *Ricevere per lui.* (V. la nota 69.)

(331) *Chiaramente dall' atto.* Ciò rientra dunque interamente nell' arbitrio del giudice. (V. del resto circa tal soggetto Basnagio, *delle ipoteche*, parte 1., cap. 17, e Menochio *de praesumptionibus*, lib. 3 *praesunt.* 134, n. 39 e seguenti.) Basnagio indica come una prova sufficiente di novazione il caso in cui le due obbligazioni sono incompatibili tra loro, in maniera che la seconda non possa esistere con la prima, come se avete acconsentito a lasciarmi a titolo di prestito una somma che mi avevate trasmessa a titolo di deposito, o viceversa. La costituzione in rendita vitalizia di un capitale esigibile porterebbe novazione? Io credo che sì, poichè non è più la stessa cosa che forma l' oggetto dell' obbligazione. Questa era prima il capitale medesimo; dopo la costituzione del vitalizio, il capitale non è più nell' obbligazione, ma solo *in facultate solutionis*: non vi son dunque più nell' obbligazione che i frutti. Or certamente il cambiamento nell' oggetto dell' obbligazione induce il cambiamento dell' obbligazione medesima, e per conseguenza novazione. Io non debbo però dissimulare che la quistione era anticamente molto controvertita. Basnagio, *delle ipoteche*, parte 1. cap. 17, decide che non v' ha novazione, nel senso che le ipoteche del primo debito passano di pieno dritto nel nuovo, e *ibid.* parte 2., cap. 7, decide che vi ha novazione nel senso che i fidejussori sono liberati. Io credo che se vi ha novazione, essa debba esistere con tutte le sue conseguenze, e che attualmente nel caso proposto le ipoteche non sussisterebbero se non qualora ne fosse stata fatta la riserva a norma dell' art. 1298 ✝ 1232, e che per la stessa ragione il fidejussore non sarebbe obbligato al secondo debito, ammenochè non vi fosse dalla sua parte obbligo novello. L' art. 2039 ✝ 1911 del codice stabilisce che la semplice prorogazione del termine accordato dal creditore non libera il fidejussore. Ora nel caso nostro, non è una sem-

plice prorogazione, ma un' alienazione del capitale. V'ha dunque estinzione dell' obbligo. (V. un arresto di cassazione del 7 decembre 1814, Sirey, 1815, 1. parte, pag. 97, ed un altro della Corte di Parigi degli 11 marzo 1816, *ibid.* 1817, 2. parte pag. 1) (a).

Per altro non si potrebbe opporre a questa decisione, che nel dritto attuale e secondo l'art. 1912 † 1784 il capitale può divenire esigibile per la sospensione del pagamento de' frutti durante due anni, e che per conseguenza, essendo incerto se questo caso avvenga, non si può fondare assolutamente la novazione sul solo cambiamento dell' oggetto dell' obbligazione? Ma si può rispondere che si tratta qui di una condizione risolutiva la quale non impedisce che l' atto sia perfetto nel suo principio. Dunque vi è stata novazione. Dunque la prima obbligazione è rimasta estinta con tutte le sue accessioni. Ora avvenendo il caso del rimborso forzato, questa obbligazione può essa risorgere? Sì, ma solamente riguardo al debitore, non già riguardo ai terzi, come fidejussori, creditori ipotecarii, ec. (Argomento tratto dall'art. 1299 † 1253.)

Quid, se il creditore il quale ha consentito alla costituzion della rendita ha dichiarato nel tempo stesso che non intendeva far novazione? Malgrado ciò la novazione esiste. Non è di questo caso come di quello in cui la novazione non risulterebbe che dall' intenzione presunta delle parti, mentre allora una intenzione presunta è distrutta da una presunzione contraria ed espressa: ma qui essa risulta dal fatto medesimo dell' alienazione del capitale che produce necessariamente l' estinzione della prima obbligazione; ora, come dice Pothier, una protesta non può impedire l' effetto necessario di un atto. Tutto al più si potrebbe conchiuderne che le parti han voluto rendere affette della seconda obbligazione le ipoteche della prima, siccome è permesso dall' art. 1278 † 1232. Ma i fidejussori ed i condebitori saranno irrevocabilmente liberati.

(332) *Di alcuna nuova persona.* Per esempio; se il venditore di un fondo consente a ricevere in pagamento del prezzo de' biglietti dell' acquirente per cui rilascia quietanza pura e semplice. Perciò fu a ragion giu-

(a) Vedete quel che abbiamo aggiunto sulla seguente nota 337.

dicato in Parigi il 7 decembre 1814, (Sirey, 1816, 2. parte, pag. 91), che il creditore possessore di un titolo che produceva ipoteca ed il quale aveva invece ricevuto dal suo debitore semplici biglietti, aveva effettuata una novazione.

(333) *L' antico debitore.* Questi è l' *expromissor* de' Romani. Del rimanente è questa liberazione dell' antico debitore che costituisce la novazione. Se il debitore non fosse liberato, allora il nuovo obbligato si riguarderebbe solamente come una sicurtà, *fidejussor*, o suo condebitore, *adpromissor*, secondo la natura dell' obbligazione.

(334) *Si chiama delegazione.* Si avverta che non può riceversi dal tesoro pubblico nessuna citazione di trasferimento, cessione o delegazione delle pensioni pagate dallo stato. (Decreto del 7 termidoro, anno 10, *bollet.* n. 1867.)

(335) *Verso il quale Pietro si obbliga.* Ciò suppone l' intervento del delegato. Questa intervenzione è sempre necessaria per la liberazione del delegante? No, giacchè nel nostro caso Paolo può cedere a Giacomo in pagamento di ciò che gli dee, il credito ch' egli ha sopra di Pietro, e senza il consenso di costui. Solamente Giacomo sarà tenuto onde impossessarsi del credito riguardo alle terze persone ed a Pietro medesimo di far notificare la cessione a costui. (Art. 1690 † 1536). In questo caso Giacomo, se ha consentito a prendersi come contante il credito su Pietro, Paolo sarà egualmente liberato, per effetto non già di una novazione, ma bensì del contratto chiamato *datio in solutum*. Vi ha questa differenza, 1. che se vi fosse novazione, come lo diciamo nel testo, l' obbligazione primitiva di Pietro verso Paolo sarebbe interamente estinta con tutte le sue accessioni: e non rimarrebbe più che la nuova obbligazione contratta da Pietro verso di Giacomo. Qui al contrario quest' obbligazione primitiva sussiste con tutte le sue accessioni; se non che Giacomo ne divien proprietario per mezzo della cessione che glie n' è fatta da Paolo. 2. Nel caso della novazione, se accadesse che Pietro non fosse realmente debitore di Paolo, egli non sarebbe meno obbligato verso Giacomo, come sarà dimostrato nella nota seguente, nè Paolo meno liberato verso Giacomo istesso, salvo il regresso di Pietro contro di lui. Or nulla di tutto ciò avrebbe luogo nel caso del contratto di *dazione in paga-*

mento. 3. Finalmente nel caso della novazione, Pietro che supponiamo aver consentito alla novazione senza riserva non potrebbe più opporre a Giacomo il compenso de' crediti che avrebbe contro di Paolo (Art. 1298 + 1252); altrimenti nel caso della dazione in pagamento.

Ma riflettete che se il delegato non può opporre al delegatario le eccezioni che avrebbe potuto opporre al delegante, egli può almeno opporgli tutte quelle che il delegante potrebbe opporgli egli stesso, ed alle quali quest' ultimo non sarebbe presunto aver rinunciato colla delegazione. (L. 7 §. 1 ff. *de doli mali et metus exceptione.*)

(336) *Di Pietro verso di Giacomo. Quid*, se in questo caso Pietro non fosse realmente debitore di Paolo, ma che soltanto credesse di esserlo? È lo stesso, la delegazione non n'è meno valida. (L. 12 ff. *de novatione.*) Non è necessario esser debitore di qualcheduno per addossarsi il di lui debito. D' altronde il creditore il quale sulla fede della delegazione ha liberato il primo debitore, non dee soffrire dell' errore del delegato; ma questi avrà un azione contro di Paolo per forzarlo a liberarlo dalla sua obbligazione, s' egli non ha ancora pagato; o nel caso contrario, a restituirgli ciò che ha pagato.

Quid, se nel cennato caso la delegazione fosse stata fatta da Paolo a Giacomo, non a titolo di pagamento, ma *donationis causa?* La citata legge 7 e la legge 2 §. 4 ff. *de donat.* decidono che in questo caso il delegato il quale si credeva debitore del delegante, e non è, può esimersi dal pagare il delegatario. La ragione della differenza col caso precedente consiste in ciò: quì il delegatario *certat de lucro captando*; deesi dunque preferirgli il delegato *qui certat de damno vitando*. Ivi al contrario *uterque certabat de damno vitando*: e si debbe allora preferire il delegatario cui nulla si può rimproverare, al delegato che si è obbligato come debitore di una persona alla quale nel fatto nulla doveva. D' altronde in questo caso il delegatario ha dovuto contare sull' obbligazione del delegato, il che ha potuto distoglierlo dal prendere le precauzioni convenevoli riguardo al delegante. Finalmente è certo che in questo caso il delegato che avesse pagato avrebbe un regresso per garentia contra il delegante. Or è principio generale in fatto di donazione che il donante non è tenuto per la garentia.

(337) *L' evidente intenzione*. L' articolo dice: *ammenochè non abbia espressamente dichiarato*. Ma io ho creduto che ciò dovesse intendersi nel senso dell' articolo 1273 + 1227; vale a dire che bastava che la volontà di far novazione risultasse chiaramente dall' atto. (a)

(338) *La riserva espressa*. Ma, si dirà, quando il creditore si è riserbato il suo regresso contra il delegante, non l' ha liberato; dunque non v' ha novazione. Rispondo che questa riserva non impedisce che vi sia novazione; mentre il creditore non può più agire contro il delegante in virtù della prima obbligazione, nè far valere i privilegii e le ipoteche annessevi. Nel caso della mancanza del pagamento per parte del delegato, egli non ha che la semplice azione personale *mandati contraria*, per farsi indennizzare del pregiudizio che gli cagiona l'insolvibilità del delegato, vale a dire per farsi rimborsare l' ammontar del suo credito.

(339) *In aperta decozione* o *fallimento*. Si dice una persona decotta, o prossima a fallire, quando non possiede abbastanza per pagare ciò che dee. Si dice che è fallita allorchè ha mancato ai suoi impegni, quand' anche avesse beni sufficienti per soddisfarli. D' altronde la parola fallimento si applica più particolarmente ai negozianti. (b)

(a) Ma quando questa presunta volontà risulta dall' atto? Quando il creditore si contenta della seconda obbligazione; o quando questa sia assolutamente incompatibile colla prima. Quindi il convertire il prestito in deposito o in rendita vitalizia, il convertire un debito esigibile o a termine in rendita perpetua, importa novazione: al contrario l' aver accettato l' erede per debitore, ricevendone gl' interessi scaduti non importa novazione, (Sirey tom. 1. pag. 610) come non la produce la dilazione accordatagli pel pagamento (Sirey tom. XIX, pag. 140.)

(b) Ecco come definisce e distingue il nostro autore la *faillite* dalla *dèconfiture*. Ma Toullier dice espressamente che la *dèconfiture* sia lo stato in cui si trova un debitore non commerciante i di cui beni sono insufficienti per pagare i suoi debiti, in modo che i creditori che non hanno nè privilegio nè ipoteca son ridotti a perdere una parte de' loro crediti, ed a divider tra loro il prezzo de' beni per contributo. V. Domat lib. 4, tit. 6 n. 1 e 2. Un uomo dunque *en dèconfiture* è il non commerciante insolvibile. Ora i pagamenti fatti da costui sono validi salvo il caso della frode. Quindi le disposizioni del codice di commercio relative agli atti fatti dal fallito ne' dieci giorni prima del fallimento non sono applicabili al caso della *dèconfiture* come l' han deciso

Un credito sopra un debitore fallito o prossimo a fallire essendo presso a poco nullo, o almeno assai dubbio, si può dire che il creditore non ha ricevuto il premio della liberazione da lui accordata all' antico debitore, e ch' egli sia per conseguenza nel caso di quel venditore che può far resilire la vendita in mancanza del pagamento del prezzo. (V. però al vol. VIII la nota 165 al titolo della *Vendita*) ; ma ciò non impedirebbe che la prima obbligazione non fosse estinta riguardo ai terzi, vale a dire che il creditore potrebbe a norma degli art. 1299 † 1253 e 2038 † 1910 far valere tutti i dritti risultanti da questa obbligazione contro del debitore soltanto, ma non contra gli accessorii del debito.

(340) *Espressa riserva.* Ma se la seconda obbligazione contiene qualche cosa dippiù della prima, l'antica ipoteca non ha luogo per l' eccedente che dal giorno dell' iscrizione presa in virtù della seconda obbligazione, se l'atto che la contiene è rivestito delle forme prescritte a produrre l' ipoteca; altrimenti è chiaro che sarebbe un pregiudicare ai creditori intermedii. Ciò può applicarsi al caso in cui una obbligazione la quale non produce interesse fosse cambiata in un' altra che ne producesse.

(341) *Del nuovo debitore.* Allorchè vi ha un nuovo debitore, o l' antico non è liberato, ed allora non evvi novazione; ovvero è liberato, ed allora è manifesto 1. che non si può trasferire sui beni del nuovo debitore i privilegii e le ipoteche esistenti su quelli dell' antico; 2. che non si avrà neppure ipoteca sui beni del nuovo debitore se non quando sarà stata espressamente stipulata; e 3. finalmente che pure in questo caso, siffatta ipoteca non prenderà grado che dal giorno dell'iscrizione la quale sarà presa in virtù dell'atto stipulato col nuovo debitore.

Avvertite che l'art. 1278 † 1232 dice che nel caso in cui la novazione si effettua colla sostituzione di un nuovo debitore, i privilegii dell' antico credito non passano ne' beni del nuovo debitore. Ma il creditore potrebbe egli senza il consenso dell' antico debitore, riserbarsi i

---

più arresti della corte di cassazione. Vedete in Toullier il numero 364 del tomo VI, e 'l numero 45 del tomo VII. Del resto noi abbiam adottato per l' uomo *en déconfiture* quegli che ha fatto punto, il prossimo a fallire, come nella traduzione italiana del codice all' art. 1276 † 1230.

privilegii e le ipoteche che avea ne' di lui beni? Si è preteso che lo poteva, argomentandosi dal perchè il creditore avendo contro del debitore due azioni, l'una personale risultante dall' obbligazione e l' altra reale risultante dalla costituzione d' ipoteca, può far remissione dell' una e riserbarsi l' altra. Consentendo alla novazione egli rimette in verità l' azione personale; ma nulla impedisce che si riserbi l' azione reale. Ma si può rispondere, prima che non è esatto il dire aver il creditore nel nostro caso due azioni contra il debitore. Non si ha esattamente parlando azione reale contra il proprio debitore in ragion dell' obbligazione ch' egli ha personalmente contratta. L'azione reale o ipotecaria non esiste e non ha effetto che riguardo ai terzi acquirenti o creditori ipotecarii sussecutivi. In secondo luogo, l' ipoteca, come si vedrà in seguito è un contratto puramente accessorio e che per conseguenza non può esistere senza una obbligazion principale alla quale si riunisca. Ora ripugna il dire che l' accessorio esiste quando il principale è distrutto. Finalmente l' articolo 1280 † 1234 sembra star saldamente in appoggio di questa opinione, poichè decide che in caso di novazione fatta tra il creditore ed uno de' debitori solidali le ipoteche ed i privilegii non possono essere riservati sui beni de' condebitori liberati colla novazione. Dunque *a pari*, quando non esiste che un debitore e ch' egli è liberato dall' obbligazione personale, i privilegii e le ipoteche non possono riserbarsi sui beni.

Si è preteso trovare una contradizione fra questo articolo 1280 ed il 1251 † 1204; e ciò dietro il seguente raziocinio. Esempio: Pietro e Paolo sono miei debitori solidali, e ciascun di loro mi ha dato un' ipoteca. Io ho consentito a fare una novazione con Pietro. Paolo è dunque verso di me liberato. Ma siccome Pietro trovasi aver così soddisfatto il debito di Paolo, ha egli acquistato la surrogazione in virtù del §. 3 dell' articolo 1251; e se non adempie il nuovo obbligo che ha contratto verso di me, io potrò esercitare i suoi dritti e per conseguenza l' azione ipotecaria ch' egli ha sui beni di Paolo. Io mi trovo dunque col fatto nella stessa situazione in cui mi troverei se la mia ipoteca sui beni di Paolo fosse stata riserbata. A ciò io rispondo esser la mia situazione ben diversa, poichè evvi effettivamente gran differenza fra un dritto che si esercita in proprio nome e quello che si e-

sercita in nome del nostro debitore. Nel primo caso, il beneficio del dritto appartiene interamente ed esclusivamente a colui che l' esercita; nel secondo, esso appartiene alla massa de' creditori e tra lor si divide per contributo: nel primo caso, quegli cui il dritto appartiene non può esserne privato senza il fatto proprio o la propria volontà; nel secondo, può esserne privato pel fatto del debitore il quale può rinunciarvi in seguito di convenzione stipulata senza frode con la persona contro della quale debb' essere esercitato. V' ha dunque tra i due casi una differenza essenziale; il che fa svanire qualunque apparenza di contradizione fra i due articoli. (a)

(342) *De' suoi diritti.* La remissione di un debito essendo una alienazione, *diminutio patrimonii*, non è valida che quando il creditore è capace di disporre della cosa la quale forma l' oggetto dell' obbligazione; e siccome è un' alienazione a titolo gratuito, bisogna inoltre che il debitore sia capace di ricevere da colui che fa la remissione; in una parola, è una vera donazione, se non quanto alla forma, almeno quanto al fondo. Si applicheranno dunque tutte le regole relative alla nullità ed alla riduzione delle donazioni (argom. tratto dall'art. 1973 † 1845); salvo tuttavia il caso in cui la remissione ha luogo *ex necessitate*, come in caso di fallimento ed in seguito di accordo de' creditori col fallito; giacchè allora essa perde qualunque carattere di liberalità. Nondimeno anche in questo caso, se fosse stata fatta ad un successibile, sarebbe soggetta a collazione. (V. la nota 230 al titolo *delle Successioni* vol. IV, pag. 278)

La semplice volontà del creditore basta forse per la remissione espressa? No: essa è, come ora lo abbiamo detto, una specie di donazione; per cui fa d'uopo l'accettazione almeno tacita del debitore (art. 1121 † 1075) fino a che questa accettazione abbia luogo, la remissione può essere rivocata dal creditore. Ma è necessario che quest' accettazione sia conosciuta dal creditore? Io non

(a) L' art. 1280 consacra il sentimento che POTHIER stabilì sulla l. 30 ff. *de novat.* Ma TOULLIER, loc. cit. n. 313, osserva e molto dottamente che la legge sudetta nol dice, e che ciò sarebbe contrario alle regole del dritto: Conclude sembrargli che esista tra quest' articolo ed il 1251 una contradizione che non può farsi svanire se non troncandosi nella revisione del codice l' art. 1280 che *mal si accorda colle regole del dritto e della ragione*.

lo credo. L' art. 1121 esige soltanto, in caso di donazione indiretta, che il donatario abbia dichiarato volerne profittare. Nè osta l'articolo 932 ✝ 856 relativo alle donazioni tra vivi, le quali essendo, come si è veduto, atti solenni, esigono forme particolari e rigorose. (a)

(343) *Tale è.* Ho impiegato questa espressione per far capire che quanto segue debb' esser preso unicamente a modo di esempio, e non per escludere tutti gli altri fatti dai quali si può dedurre la tacita remissione; fatti di cui l' importanza e gli effetti sono interamente rimessi all' arbitrio del giudice il quale deciderà dietro l'articolo 1353 ✝ 1307. (V. un esempio nella legge 26. ff. *de probationibus.*) Del pari la cassatura del titolo potrebbe far presumere la remissione o il pagamento, salva la pruova in contrario. (L. 24 ff. *eod.*)

La quietanza di una rata a termine fa essa presumere la rimessione o il pagamento delle precedenti? (V. al vol. VIII la nota 36 al titolo *della Locazione*).

(344) *Se il titolo nasce da scrittura privata.* Io penso che sarebbe lo stesso se fosse fatto per mano di notajo, ma in brevetto.

(345) *La remissione volontaria.* Bisogna dunque, com' è evidente, che la remissione sia volontaria dalla parte del creditore perchè possa far pruova della liberazione. Ma che dovrà provare? Toccherà al debitore il prova-

---

(a) Toullier, l. c. n. 322, sostiene egualmente il bisogno dell' accettazione; ma nella nota 3 domanda qual sia l' istante preciso in cui il concorso delle due volontà opera l' estinzione del debito, ed in cui il creditore non può più rivocare l' offerta remissione; e s' egli è necessario che l' accettazione sia conosciuta dal creditore? » Il sig. *Pardessus*, dic' egli, nel suo *Corso di* » *dritto commerciale*, tom. 1. pag. 252 e seguenti, pensa che ap» pena accettata l' offerta il contratto sia perfetto, nè può esser » più rivocato dal creditore abbenchè non abbia ancor conoscen» za dell' accettazione. Io al contrario ho pensato tom. 6, n. 29 » pag. 32 e 33, che quegli che ha fatte le offerte può rivocarle » sino al momento in cui gli è nota l' accettazione, poichè un'ac» cettazione non conosciuta è in giurisprudenza come se non esi» stesse. Io ho seguito in ciò la dottrina di Einnecio che mi sem» bra la più esatta; e che d' altronde è consacrata dal codice » nell' art. 932 che permette al donante di rivocar la donazione » sino a che abbia conoscenza dell' accettazione. Il lettore può » valutare le ragioni de' due professori che cercano l' uno e l' al» tro la verità di buona fede, senza pretendere di far prevalere » la propria opinione.

re ch' essa è stata volontaria, ovvero al creditore il provare che non l' è stata? Siccome il delitto non si presume mai, così io son d' opinione che l' esistenza del titolo in mano del debitore forma una presunzione che rigetta sul creditore il peso di provare. Nè osta che ciò sembra obbligarlo a provare un fatto negativo; giacchè tutte le volte che un fatto negativo può provarsi con un fatto positivo, la prova n' è ammessibile; così provasi che alcuno non era in tal sito il tal giorno alla tal ora, provando che allo stesso giorno, all' ora stessa egli stava nel tal altro sito. Or qui il creditore può provare ch'egli ha perduto il titolo o che gli è stato rubato o estorto, o che il debitore si è trovato per la sua situazione o per effetto di tale o tal altra circostanza in grado d' impadronirsene facilmente. (a).

(346) *Della liberazione*, in generale; vale a dire

(a) Ci avverte Toullier, l. c. n. 326 e seguenti, che dietro molti contrasti nel consiglio di Stato si conservò nell' art. 1283 † 1237 del codice il principio che » la consegna *volontaria* della » prima copia autentica in forma esecutoria della scrittura di ob» bligo fa presumere la remissione del debito o il pagamento. » Ma in vece di dirsi come nel progetto ivi discusso » la pruova » che la consegna sia stata *volontaria* è a carico del debitore » vi si sostituirono queste parole » senza pregiudizio della pruova in contrario » che rigetta necessariamente il peso della pruova sul creditore, poichè il debitore che si trova in possesso di detta prima copia autentica avendo in suo favore la presunzione legale non ha nulla a provare. Del resto il Maleville osservò molto bene che la redazione degli art. 1282 e 1283 contiene nell' espressione *consegna volontaria* un pleonasmo. La sola parola *consegna* annunzia essenzialmente la volontà di mettere il titolo in potere del debitore. S' egli se l' avesse procurato altrimenti non si può dire che il creditore glie l' abbia consegnato. Bisogna dunque troncare l' epiteto *volontaria* e dire: *La consegna del titolo fa presumere la remissione del debito* ec. Ma non bisogna dirsi che l' esistenza del titolo nelle mani del debitore fa presumere la remissione del debito, poichè vi sono due cose a distinguere: 1. La presunzione della liberazione per la consegna del titolo: 2. La presunzione che sia il creditore che ha fatta la consegna, quando il titolo si trova nelle mani del debitore. La prima presunziune è secondo il codice una presunzione legale che non può cedere che alla pruova contraria, ma esso non ha volnto esigere la seconda presunzione legale, esso l' ha lasciata nel rango delle presunzioni semplici che i giudici nella loro prudenza son liberi di ammettere o di rigettare, mentre che la presunzione legale è per essi una regola che debbono seguire sino a che sia da una prova contraria distrutta.

sia della remissione, sia anche del pagamento. Osservate che in questo caso, il creditore non sarà ammesso a fare la pruova contraria; vale a dire ch' egli può bene essere ammesso a provare che la remissione non sia stata volontaria: ma se non può far questa prova, egli non sarà ammesso a provare che restituendo la scrittura non ebbe intenzione di rimettere il debito.

(347) *La pruova contraria.* Perchè questa differenza col caso precedente? Perchè la scrittura dell' obbligo essendo in minuta, dipende dal creditore il procurarsene una seconda copia autentica in forma esecutoria. Si può dunque presumere ch' egli non ha restituita la prima se non perchè sapeva che gli era possibile procurarsene una seconda. La stessa presunzione non ha luogo quando il titolo originale del credito è sotto firma privata.

(348) *Del debito.* La remissione del debito al contrario produce il dritto di farsi restituire il pegno. Ma bisogna che costi siffatta remissione; giacchè l' essere il pegno rimasto fra le mani del creditore, si oppone a qualunque presunzione di remissione in favore del debitore.

(349) *Nè gli altri fidejussori.* Vale a dire ch' essa non estingue il debito a lor riguardo; ma in caso d' insolvibilità del debitore, libera gli altri fidejussori per parte di colui al quale è stata fatta la remissione. Altrimenti questa gli diverrebbe inutile, poichè sarebbe sempre obbligato a pagar la sua parte tanto per effetto del beneficio della divisione di cui parla l' articolo 2026 † 1898, che per effetto dell' azione di regresso che i fidejussori hanno gli uni contro degli altri, dietro l' art. 2033 † 1905.

(350) *La remissione personale.* La remissione è *personale* quando tra più persone obbligate pel medesimo debito, il creditore ne libera una in particolare riserbandosi i suoi dritti contro degli altri. Essa è *reale*, quando il creditore fa un atto dal quale risulta l' estinzione del debito. L' effetto di quest' ultima specie di remissione essendo che non v' ha più obbligazione, essa libera tutti gli obbligati.

(351) *Che vi hanno interesse.* (Argomento desunto dall' articolo 1365 † 1319.)

(352) *Per tutti.* Noi abbiamo veduto che nell' obbligazion solidale ciascuno de' debitori si obbliga a pagare

ciò che dee il suo condebitore. Dunque quando questi non dee più nulla, l' altro si presume egualmente liberato, ammenochè non vi sia espressa dichiarazione in contrario. È lo stesso nella sicurtà riguardo al fidejussore; vale a dire che il fidejussore si obbliga di pagare ciò che dee il debitor principale. Quindi vediamo che la remissione fatta al debitore libera il fidejussore. Ma il debitor principale si è obbligato a pagare ciò che dee egli stesso, non ciò che dee il fidejussore. Per conseguenza l' obbligazione del fidejussore può rimettersi, senza che ne risulti la remissione dell' obbligazion principale.

(353) *Espressamente.* Io non credo che ciò debba intendersi strettamente; ma nel senso che bisogna poter indurre dal modo impiegato dal creditore nel fare la remissione, ch' egli ha inteso giovare solo a colui col quale contrattava; come, se ha detto che gli faceva remissione per la sua parte. (Argomento dedotto dall' art. 1210 + 1163).

(354) *Dedotta però la parte.* Cosa dobbiamo intendere per questa parola *parte?* Forse la porzione virile, o quella per la quale il debitore ha interesse nel debito? E la cosa è ben diversa; essendo possibile, come lo vediamo nell' art. 1216 + 1169, che l' affare non riguardi che l' uno degli obbligati; ed allora la sua parte nell' interesse è tutto il debito. In sulle prime, perchè la quistione abbia luogo, bisogna supporre che il creditore è istruito che la parte virile del debitore cui fa la remissione è diversa da quella ch' egli ha nell' interesse; giacchè altrimenti è fuor di dubbio che bisognerebbe intendere la porzione virile. Ma supposto che gli sia nota siffatta differenza, io giudico doversi intendere la sua parte nell' interesse. In effetti abbiamo precedentemente veduto che in generale l' estinzione del debito riguardo ad uno de' condebitori, libera egualmente tutti gli altri: tranne però il caso in cui il creditore ha dichiarato che intendea liberare solamente colui al quale ha fatto la remissione. Ma d' altra parte bisogna che questa liberazione abbia il suo effetto, e nel tempo stesso che non pregiudichi agli altri debitori: ora se per la *parte* s' intendesse sempre la porzione virile, potrebbe risultarne, o che il debitore cui la remissione è stata fatta non fosse liberato, o che questa remissione pregiudicherebbe agli altri condebitori. Supponiamo in effetti che il debito di

cui si tratta non riguardi che l' interesse di un solo debitore : in questo caso gli altri condebitori sono riguardati come suoi fidejussori , a tenore dell' art. 1216 ; e quello fra essi che ha pagato il debito può convenirlo per la totalità. Se ora supponiamo che sia precisamente il debitore , solo interessato nel debito , cui la remissione è stata fatta , cosa accaderà nella ipotesi che la parola *parte* dovesse intendersi di una quota virile ? La conseguenza sarà che se vi sono , per esempio , soltanto quattro debitori , il creditore potrà domandare a quello dei tre altri ch' ei vorrà scegliere i tre quarti del debito ; questo pagamento fatto una volta , o si accorderà al debitore che avrà pagato il suo regresso per la totalità di ciò che ha pagato contra colui al quale fu fatta la remissione , a norma dell' art. 1216 , e si troverà allora che quest' ultimo non sarà liberato ; ovvero se gli ricuserà questo medesimo regresso , ed allora la remissione gli pregiudicherebbe. Dunque per conciliare il dritto dei condebitori con l' effetto che debbe avere la liberazione del debitore sciolto del debito, bisogna intendere la voce *parte* come se si dicesse *interesse* ; d' onde seguirà che se il debito non riguardava che il debitore liberato , gli altri sarebbero liberati interamente.

Si obbietta avverso questa decisione , che il creditore riserbandosi i suoi dritti contra gli altri condebitori , fa sufficientemente conoscere che non intende accordare la remissione se non per la parte virile del debitore liberato. Ma si può rispondere che sia di questo caso come di quello in cui l' erede il quale fa un atto che necessariamente induce l' accettazione , dichiari non pertanto che non intende accettare. Egli non è meno considerato come accettante, poichè qualunque dichiarazione o protesta contraria alla natura di un atto è necessariamente nulla (a).

(a) Su questa importante quistione non è d' accordo col nostro autore il signor Toullier il quale, nella nota 2 al num. 239 Tom. VII. della citata sua opera, sostiene che sarebbe non interpetrare un atto, ma mutilarlo se dovesse intendersi per la parte *reale* ; e dopo la sua dimostrazione conclude » di non poter di» videre l' opinione di un celebre professore, signor Delvincourt, » che pensa doversi nella finale disposizione dell' art. 1285 inten» dere la parte *reale* e non la parte *virile* di colui al quale si è » fatta la remissione. »

(355) *Tutti i fidejussori.* Bisognerebbe eccettuare però il caso in cui la remissione fatta al debitor principale fosse stata forzata, come nel caso di un *convenio* del fallito co' suoi creditori. (L. 58 §. 1. ff. *mandat*) Giacchè per l' appunto non si prende la sicurtà che nella previdenza del caso in cui il debitore divenisse non solvente.

(356) *Dopo l' estinzione del principale.* E d' altronde se non giovasse ai fidejussori si troverebbe col fatto che non gioverebbe al debitor principale contro cui si potrebbe agire pel rimborso del debito dal fidejussore che l' avesse pagato.

(357) *L' una verso dell' altra.* Il caso che dà luogo più frequentemente alla compensazione si è quando il debitore diviene erede del creditore del suo creditore, e viceversa quando il creditore diviene erede del debitore del suo debitore.

(358) *Il di cui prezzo fosse regolato dalle mercuriali.* Le *mercuriali* sono i registri tenuti dalle autorità competenti, i quali comprovano il corso delle derrate ne' diversi mercati.

(359) *Sieno liquidi* (a). *Quid* se questa qualità di *liquidi* è impugnata, vale a dire, se colui al quale un debito è opposto per la compensazione, pretende o che non è dovuto o che l' ammontare non n' è determinato? Ciò non impedirà la compensazione. Altrimenti basterebbe uno sciocco cavillo per distruggere l' effetto della medesima; ma essa rimarrà sospesa fino alla decisione. Se vien giudicato che il credito esisteva e ch' era liquido, ne risulterà che la compensazione ha avuto luogo e che i due debiti sono rimasti estinti tostochè hanno esistiti entrambi ad un tempo. Se vien deciso che il debito opposto non esiste, è chiaro che non ha potuto esservi compensazione. Se viene pronunziato ch' esso non è

(a) La voce *liquido* viene dal verbo *liquet*, è chiaro, verificato, evidente. *Liquidum est* (dice il Donato in Eunuch. act. 2, scen. 3,) *costans et manifestum et certum . . . . et est liquet verbum juris, quo utebantur judices, cum amplius pronunciabant obscuritate commoti causae magis, quam simplicitate causae.* Due cose sono dunque necessarie per chiamar liquido un debito: 1. la certezza della sua esistenza, 2. la determinazione della sua quantità o della somma alla quale giunge.

liquido, bisogna riferirsi a ciò che sarà detto nel paragrafo seguente (a).

(360) *Alla compensazione.* Il termine di grazia è accordato dal giudice nella supposizione che il debitore non può immediatamente pagare. La compensazione offrendogli il mezzo facile come pagare, non v' è ragione per lasciarlo godere della dilazione.

Circa la controversia se l' esigibilità risultante dall' articolo 1188 + 1141 può rendere il debito compensabile, V. la precedente nota 120.

Quid, se il credito opposto per la compensazione risulta da un conto da farsi? È certo che non v' è compensazione, poichè questo credito non è liquido. Ma colui che agisce pel rendiconto potrà farsi autorizzare ad essere depositario egli stesso del sequestro, come terza persona; il che vien permesso dalla legge, come lo suppone l' art. 823 + 906 del codice di procedura; ma la compensazione non avrà luogo che quando il conto sarà stato liquidato. In conseguenza gl' interessi correranno fino a quel punto; se sopravengono altri sequestri, si farà luogo al contributo ec.

(361) *Che lo oppone.* Il marito potrà egli opporre la compensazione di ciò che si dee alla moglie? Sì, in tre casi:

1. Se vi ha comunione di beni; e ciò quand' anche vi fosse clausola di realizzazione, e che il credito facesse parte del mobiliare realizzato dalla moglie. La clausola di realizzazione non toglie al marito la disposizione del mobiliare realizzato;

(a) *Liquidi ad non liquidum an compensatio fiat aut non fiat officio judiciis definitur*, dice la glossa sulla legge ult. cod. *de compens.* Ma se il debito che si vuol compensare ha bisogno di molta discussione ed istruzione dovrà il giudice ritardare la sentenza in pregiudizio del creditore il di cui debito è liquido, o condannare il debitore a pagarlo immediatamente salvo a fargli dritto in separato giudizio sulla domandata compensazione? Giustiniano previdde questo dubbio ed ordinò ai giudici di rigettar la domanda allorchè non potendo esser prontamente e facilmente terminata traseinerebbe molto impaccio di procedura, e ritarderebbe il pagamento di un debito certo e determinato: *satis enim miserabile est . . . . opponi compensationem jam certo et indubitato debito, et moratoriis ambagibus spem condamnationis excludi* (l. ult. cod. de compens.) Questa stessa regola va ora pure osservata. V. Toullier, l. c. n. 371, e 412, ed il trattato *sull' autorità giudiziaria* di Henrion de Pansey. pag. 195.

2. Se vi ha esclusione di comunione ;

3. Se i conjugi sono maritati sotto la regola dotale e che la somma dovuta faccia parte de' beni dotali.

In tutti gli altri casi, la compensazione non può aver luogo.

Il debitore di una successione accettata col beneficio dell' inventario può opporre la compensazione di ciò che gli è dovuto dall' erede? Nasce il dubbio da quel che si dirà nel testo relativamente al tutore al quale il debitor del minore non può opporre la compensazione di ciò che gli è dovuto dal detto tutore. Ora l' erede beneficiato è amministratore della successione, come lo è il tutore de' beni del minore. Ma la ragione per decidere è questa: il beneficio dell' inventario non ha effetto che riguardo ai creditori ed ai legatarii della successione. Riguardo a tutti gli altri, l' erede si presume proprietario dei beni della successione. Ei può anche divenirlo riguardo a tutti, facendo alcun atto di erede puro e semplice. Dunque la compensazione può essergli opposta. Se al contrario è un creditore della successione quegli che offre di compensare ciò che dalla medesima gli è dovuto con ciò ch' ei dee personalmente all' erede, questi può ricusar la compensazione. Dapoichè appunto riguardo ai creditori della successione il beneficio dell' inventario produce l' effetto d' impedire la confusione dei dritti dell' erede con quelli della successione. Egli potrà dunque esigere ciò che gli è dovuto, e rinviare il creditore a farsi pagare sulla successione beneficiata.

Se la successione fu accettata col beneficio dell' inventario, colui il quale si trova ad un tempo debitore e creditore della medesima, può egli compensare quando la compensazione non s' è effettuata prima dell' apertura? Bisogna distinguere: se non vi sono creditori opponenti, la compensazione può aver luogo; mentre allora l' erede essendo obbligato di pagare i creditori secondo che si presentano, il creditore può farsi pagare per la via della compensazione. Ma se vi sono opposizioni, il compenso non può aver luogo, ed il debitore è in obbligo di pagare, salvo a ripeter quindi con gli altri creditori per contributo ciò che gli si dee (a). La stessa distinzione è

(a) Per la ragione che i dritti di tutti i creditori sono fissati in modo invariabile nell' istante dell' apertura della successio-

applicabile all' erede beneficiato che fosse creditore insieme e debitore della successione.

Sarebbe lo stesso in caso di fallimento? No. Allora tutti i creditori si presumono opponenti; e ciò costituisce appunto una differenza tra lo stato di fallimento propriamente detto e quello di una successione beneficiata; stati che sono d' altronde tra loro simili sotto qualunque altro rapporto. V. l' art. 2146 † 2040.

Il debitore della società può egli compensare con ciò che gli è dovuto da uno de' socii? No. La società è un essere morale distinto da ciascuno de' socii. *Quid* riguardo al debitore dello stato? La compensazione può aver luogo se i due debiti dipendono dalla medesima amministrazione. (LL. 1, e 3. cod. *de compensat.*)

(362) *A cui viene opposto.* Il creditore della moglie che fosse nel tempo stesso debitore del marito potrebbe opporre a costui la compensazione di ciò che gli è dovuto da lei? Sì, nei casi espressi nella nota precedente, e salva l' esecuzione dell' articolo 1410 † T. Per altro se vi fosse separazione di debiti e che del mobiliare di ciascuno de' conjugi esistesse inventario, i creditori della moglie non potendo rivolgersi pel loro pagamento ai beni del marito, (art. 1510 † T.), è chiaro che non possono nemmeno opporgli la compensazione.

(363) *Dopo l' intimazione.* Quindi egli può opporre la compensazione de' crediti i quali non sono divenuti esigibili, che dopo la notifica della cessione, purchè siano stati acquistati prima. (POTHIER n. 596.) Altrimenti un debitore di mala fede che fosse nel tempo stesso creditore e che volesse evitare la compensazione, non mancherebbe di fare un trasporto del suo credito prima che quello da lui dovuto divenisse esigibile.

(364) *Alla sua accettazione*, ed anche anteriormente scaduti; il che sembra contraddire al principio dell' art. 1290 † 1244. Dapoichè se la compensazione estingue di pieno dritto i due crediti dal momento in cui sono essi compensabili, come mai la mancanza di riserva per parte di uno dei debitori può farli rivivere? Bisogna

---

ne. Essi non possono acquistar dopo una preferenza, un' ipoteca, un dritto qualunque che non abbiano in quest' epoca. Tutti quei che non avevano in questo momento decisivo il dritto di esser pagati prima degli altri debbon esserlo per contributo.

applicare qui la distinzione che trovasi già stabilita nella nota 129. In effetti è certo che qui il debito ceduto è estinto, e che per conseguenza il cessionario ha acquistato realmente un credito che più non esiste. Ma siccome l'accettazione volontaria del cedente e la mancanza dalla sua parte di dichiarar la compensazione esistente hanno indotto il cessionario in errore, il cedente gli dee una riparazione del danno che siffatto error gli cagiona; e questa riparazione non può essere che l'ammontare del credito istesso. Si presumerà dunque esistere ancora questo credito riguardo al debitore, non già veramente *ipso jure*, ma *exceptionis ope*, ed a titolo d'indennità; vale a dire che quando il cessionario domanderà il suo pagamento, se il debitore gli oppone la compensazione, il creditore impiegherà contro di lui ciò che i Romani chiamavano *replicatio doli*.

Ma *quid* riguardo agli accessorii del credito, come le cauzioni, le ipoteche? Io credo che sieno liberati. Il principio invariabile stabilito dall'articolo 1290 ✝ 1244 si è che la compensazione estingue il debito di pieno diritto. Se nel caso detto di sopra si fa riviverlo contro del debitore, si è per causa del suo dolo, *per replicationem doli*. Ora il dolo è personale in chi l'ha commesso e non può pregiudicar che lui solo. In vano si opporrebbe l'interesse del cessionario, il quale si troverebbe non aver più le sicurtà su cui avea calcolato. È questa una disgrazia per esso; ei trovasi nel caso di quegli al quale si fosse ceduto un credito già pagato. Senza dubbio se in quest'ultimo caso il debitore avesse accettata la cessione senza far menzione del pagamento, il cessionario potrebbe farsi pagare una seconda volta da lui; ma certamente non avrebbe regresso contro ai fidejussori liberati col pagamento: ei non potrebbe prevalersi delle ipoteche che fossero state addette al pagamento del credito. Dunque, *a pari* ec. Perciò l'articolo 1295 ✝ 1249 non dice in generale: *la compensazione non può più esser opposta*; ma *il debitore non può più* ec. Questa facoltà è dunque ricusata al debitore solo, e non agli accessorii del debito.

(365) *Posteriori al sequestro*. Vale a dire acquistati dopo il sequestro. In virtù di esso il sequestrante acquista sul credito per lui e per gli altri creditori che possono in seguito sequestrare, un dritto subordinato soltan-

to al peso di provare che le cause de' sequestri son valide. Questa pruova fatta una volta, si presume avergli appartenuto il credito dall' epoca del sequestro, e per conseguenza non essere stato più fin d' allora compensabile.

Quid se il eredito esisteva prima del sequestro, ma non è divenuto esigibile che dopo? L' articolo sembra decidere che la compensazione può opporsi. *Colui*, vi si dice, *ch' essendo debitore*, *è divenuto creditore dopo il sequestro*, *non può opporre la compensazione*: dunque basta che sia divenuto creditore prima, perchè possa opporla. D' altronde l' opinione contraria favorirebbe la frode. Un debitore di mala fede che fosse nel tempo stesso creditore del suo creditore e che volesse impedire la compensazione, s' intenderebbe con un creditore supposto per far eseguire un sequestro presso il terzo e farsi pagare così l' ammontar del suo credito; mentre dal suo lato egli ricuserebbe il pagamento del suo proprio debito.

(366) *Ingiustamente spogliato. Spoliatus ante omnia restituendus.* Quantunque la compensazione si effettui di pieno dritto, pure bisogna che venga opposta, e lo spogliatore non è ammesso ad opporla.

(367) *Di un deposito.* E probabilmente dietro questo principio il gran giudice ha deciso il 3 gennajo 1809, che la restituzione de' beni di un contumace defunto non può sospendersi col pretesto che vi sieno delle spese da saldare. (Sirey, 1809, 2. parte pag. 44).

Se la cosa depositata è perita, ma in modo che il depositario ne sia responsabile e ne debba per conseguenza il prezzo, potrebbe egli opporre la compensazione? Applicate ciò che sarà detto nella nota seguente riguardo al comodato. Non bisogna, dice Brunneman sull'ultima legge del cod. *de compensationibus* n. 10, che il depositario possa per di lui colpa o dolo acquistare il dritto di compensare. Il codice prussiano contiene la stessa disposizione (*della compensazione*, n. 364, 1. parte tit. 16 sez. 6.).

Avvertite che la disposizione la quale dichiara la compensazione non applicabile al deposito ha luogo tanto in favore del deponente che contro di lui. *In favore del deponente*: non si può opporgli la compensazione allorchè reclama il deposito. *Contro di lui*: s' egli dee al depositario una somma che produce interesse, non può pre-

tendere che la compensazione ha avuto luogo, e che per conseguenza gl' interessi sono cessati dal momento del deposito, ma soltanto dal giorno in cui egli ha dichiarato acconsentire alla compensazione.

Se il depositario che si trova nel tempo stesso creditore del deponente cede il suo credito ad un terzo, questi potrebbe, notificata la cessione, seqnestrare il deposito nelle mani del depositario? La negativa venne giudicata in Aix il 24 febbrajo 1818 (Sirey 1818, 2. parte, pag. 256); e con ragione: prima perchè il cedente non ha potuto trasmettere maggior dritto che non ne aveva egli stesso; e secondariamente perchè nulla tornerebbe allora più facile che di eludere la proibizione della legge con una cessione simulata.

(368) *O di un comodato.* Io concepisco che si sia potuto mettere in quistione il caso se conveniva ammettere la compensazione avverso la domanda per la restituzione del deposito. Questo contratto si applica alle cose fungibili, come alle non fungibili, spesso anche a somme di danaro, le quali sono fra tutte le cose le più compensabili. Ma io non comprendo in qual modo la stessa quistione ha potuto elevarsi riguardo al comodato. Questo contratto non si applica che a cose certe le quali non sono in tutti i casi suscettive di compensazione; ammenochè non si dica essersi preveduto quello in cui la cosa imprestata essendo perita per colpa del comodatario egli è obbligato a restituirne il valore in danaro. Si sarebbe potuto pretendere che in questo caso il debito fosse compensabile; e l' articolo 1293 † 1247 decide la negativa. (V. al IX. vol. la nota 14 al titolo XI.) Il comodato è un servigio di pura amicizia; il deposito è un atto di confidenza. Non si è voluto che il depositario o il comodatario potessero profittarne per farsi pagare un credito (a).

(a) Toullier, l. c. n. 383, non è di questo avviso. Egli crede che le cose fungibili possono essere e sono in fatti qualche volta l' oggetto di un comodato quando l' uso pel quale s' improntano non produce il consumo, ma servino a pompa ad ostentazione, come dice la l. 3 §. 6 ff. *commod.*, e Pothier nel trattato del commodato n. 17, ai quali casi si applica la disposizione dell' art. 1293 † 1247; e rapportando il sentimento del nostro autore così in questa nota come in quella da lui citata dice non esser necessario forzare i termini della legge per applicarla al caso

(369) *Dalla legge.* (V. la nota 261.) Ma questi oggetti possono esser compensati in tutti i casi in cui possono sequestrarsi. Quindi io credo che le rate scadute di una pensione alimentaria potrebbero compensarsi con somministrazioni di alimenti. Ma non sarebbe lo stesso degl' interessi che debbono scadere : sarebbe un contraddire la destinazione degli alimenti, ed il fine cui si è proposto il legislatore nell' imprimervi il carattere d' insequestrabilità, ove si facilitasse al creditore i mezzi onde dissiparli per l' avvenire.

(370) *Reciprocamente si estinguono.* In conseguenza se uno di essi, o entrambi producono interessi, questi non corrono più dal momento in cui la compensazione ha potuto effettuarsi ; ma siccome gl' interessi pagansi prima della sorte principale, così pure sono i primi a compensarsi. Per esempio, io son vostro creditore di 3000 franchi senza interesse ; e succedo ad una persona che vi dee 3000 franchi coll' interesse ed un' annata d' interessi della detta somma al cinque per cento, ossia 150 franchi. Quest' ultima somma si compensa prima. Io non son dunque più vostro creditore che per 2850 franchi i quali compenseranno pari somma da prendersi dal vostro credito. Io resterò dunque definitivamente vostro debitore per un capitale di 150 franchi che continuerà a produrre interesse.

Dal perchè la compensazione ha luogo di pieno dritto ed arresta il corso degl' interessi, risulta che se fra persone le quali reciprocamente si debbono, come coeredi, socii ec., vi sono somme che producono interessi, i conti debbono farsi nelle epoche dell' esigibilità dei crediti, onde diminuire di altrettanto gl' interessi, secondo che un credito trovasi estinto in tutto o in parte per la compensazione.

Si può rinunciare alla compensazione ? Allorchè essa ebbe luogo, l' affermativa non ammette dubbio ; come se vien pagato il debito estinto con la compensazione. Anzi l' articolo 1299 † 1253 non fu redatto che in questa ipo-

---

in cui la cosa improntata essendo perita, quei che l' ha ricevuta in prestito è tenuto di renderne il valore. Parla nel seguente num. 384 del vizio di redazione osservato dal nostro autore sull' art. 1885 † 1757 di cui faremo parola allorchè del comodato trattersi, e nel num. 385 sull' eccezione relativa al deposito domanda nella nota se questa legge sia giusta in tutti i casi.

tesi. Avvi egualmente tacita rinuncia alla compensazione nel fatto del debitore il quale accetta puramente e semplicemente la cessione del suo creditore (articolo 1295 † 1249); ma in questi diversi casi la compensazione ha sempre il suo effetto riguardo agli accessorii del debito. La difficoltà si fa maggiore nel risolversi la quistione se può alcuno rinunziare anticipatamente alla compensazione. (a) A me sembra che se un debito fosse stato contratto, una somma prestata, per esempio, sotto la condizione espressa che non verrebbe compensata, sarebbe difficile al debitore eludere l' effetto di questa convenzione; mentre poichè un debito può per sua natura non essere compensabile, perchè non potrebbe esserlo egualmente in virtù del consenso delle parti? (V. la nota 372 seguente.)

(371) *La compensazione*. La legge sembra esigere qui che la compensazione sia opposta; ma da ciò non bisogna conchiudere che vi sia contradizione con la disposizione la quale stabilisce aver essa luogo di pieno dritto; giacchè per decidere che vi ha luogo alla compensazione bisogna che il giudice sappia esservi un altro debito il quale ha estinto il primo. Il pagamento estingue al certo il debito di pieno dritto; e nondimeno, se l'attore ha in mano un titolo, bisogna pure che il giudice sia istrutto del pagamento perchè possa dichiarare l' attore decaduto dalla domanda. Ma ciò non impedisce che il pagamento o l' esistenza di due debiti compensabili provata una volta, l' estinzione abbia luogo di pieno dritto dal giorno del pagamento o dal giorno in cui il secondo debito è divenuto esigibile.

Quando la compensazione può essere opposta? In ogni tempo della causa, ed anche dopo una sentenza passata in giudicato. Nè osta che la cosa giudicata *pro veritate habetur*: giacchè questo principio non sarebbe applicabile che quando la compensazione fosse stata opposta e rigettata dal giudice. Ma nella specie si suppone che il convenuto non ne ha parlato. (L. 2 cod. *de compensationibus*.

(a) Veggasi quel che ne dice Toullier, l. c. n. 393, che pare sia di sentimento diverso, non potendovisi rinunciar anticipatamente e prima che il dritto sia acquistato, come non si può rinunciar anticipatamente alla prescrizione.

(372) *Per errore di dritto.* Chiamasi *errore di dritto* quello che risulta dall' ignoranza delle disposizioni della legge. Quest' errore non iscusa, poichè nessuno debbe ignorare la legge. (Nondimeno vedete la nota 38.) L' errore di fatto è quello che consiste nell' ignoranza di un fatto. Esso d' ordinario scusa, poichè facilmente e probabilmente si può non conoscere un fatto. (L. 9 ff. *de juris et facti ignorantia.*)

Vi sarebbe errore di dritto nel cennato caso qualora colui che poteva opporre la compensazione non l' ha fatto, o perchè non sapeva che la compensazione era autorizzata dalla legge, o perchè credeva falsamente essere in un caso di eccezione.

Vi sarebbe errore di fatto s' egli non sapesse ch' era creditore del suo creditore; come, se l' era divenuto succedendo ad una persona della quale ignorava la morte.

Potrebbe accadere che non vi fosse errore e che non pertanto il primo debito continuasse a sussistere anche riguardo ai terzi; per es. se il secondo fosse stato contratto sotto l' espressa condizione, che non potrebbe compensarsi con un credito già esistente. In effetti le terze persone non potrebbero dolersi, poichè si può dir loro che se non si fosse acconsentito alla condizione, il debito non sarebbe stato contratto, e che per conseguenza non avrebbe potuto parlarsi della compensazione.

(373) *L' azione detta condictio indebiti*, vale a dire l' azione per farsi restituire la cosa che fu pagata senza esser dovuta.

(374) *A pregiudizio dei terzi.* Questa è la distinzione che abbiamo già stabilita poco fa nella nota 364. Egli conserva dunque contro del debitore tutti i diritti risultanti dall' antico credito; per esempio, s' egli ha un titolo autentico o anche esecutorio, potrà giovarsene nell' agire contro di lui, ec.

(375) *Di cui egli è creditore.* (a) Purchè nondime-

(a) Qui parla il nostro autore della compensazione *facoltativa*, nome che perfettamente le conviene, come l' avverte Toullier nella nota al n. 397 l. c. Ciò non ostante dic' egli di aver voluto preferire la distinzione della compensazione in tre specie; compensazione legale, compensazione per via di semplice eccezione, e compensazione per mezzo di riconvenzione. Intanto il codice, al pari delle nostre leggi, ha serbato silenzio sulla riconvenzione. Questa è una lacuna di cui il consiglio di Stato francese

no il termine del credito non esigibile non sia stato apposto in favore del creditore; poichè allora, come non si potrebbe obbligarlo a ricevere il pagamento prima della scadenza, così non si potrebbe nemmeno costringerlo a compensare. Ciò può essere importante in alcune circostanze. Così, una persona ha preso ad interesse del danaro appartenente ad un minore, ed ha promesso di non rimborsarlo che nella di lui maggior età. Questa stessa persona diviene creditrice del minore per una somma esigibile la quale non produce interesse. Temendo di non trovare come vantaggiosamente impiegarla, e preferendo estinguere un debito che le pare oneroso, essa offre di compensare con ciò che dee al minore. Il tutore può ricusare la compensazione, soprattutto se teme di non trovare utile e sicuro impiego al danaro del minore; è probabile in detto caso che il termine sia stato stipulato in favore del creditore.

Deriva da questo principio che nella lettera di cambio la compensazione non può aver luogo che alla scadenza, quantunque l'accettante, il quale fosse ad un tempo creditore di un debito esigibile, offrisse di compensare. Nella cambiale il termine si presume stipulato tanto in favore del creditore che del debitore. (V. le mie *istituzioni commerciali* 2. Vol. nota 2. della pag. 110.)

Quid se i due crediti sono di cose fungibili della stessa natura, ma di cui l'una sia indeterminata? Il creditore della cosa indeterminata non può opporre la compensazione; ma essa può essergli opposta. Esempio:

Voi mi dovete sei botti di vino in generale; ed io vi debbo sei botti di vino di Borgogna. Io non posso opporvi la compensazione, poichè non posso costringervi a soddisfarmi con vino di Borgogna piuttosto che con qualunque altro. Ma voi potete oppormela, mentre avendo il dritto di pagarmi con quel vino che vorrete, potete pagarmi con vino di Borgogna come con qualunque altra specie di vino.

Del pari, allorchè il debito è puro è semplice da

fu avvertito dalle osservazioni preliminari che fece quella corte di cassazione sul progetto del codice di procedura, e le quali contengono disposizioni savie non meno che necessarie, cui sarà forza di rivenire se si vuol completare la nostra legislazione. Possono vedersi in Sirey an. IX. pag. 1 e seguenti. Noi ce ne occuperemo nel nostro corso di procedura civile.

una parte ed alternativo dall' altra , la compensazione è facoltativa dalla parte del debitore sotto l' alternativa , e non avrà luogo che dal giorno in cui egli abbia dichiarato voler pagare la cosa simile a quella che gli è dovuta.

Può mettersi in compensazione un debito prescritto? Bisogna distinguere : se nell' epoca in cui la compensazione ha potuto e dovuto effettuarsi , la prescrizione non era compita , è certo che la compensazione può opporsi in seguito , a qualunque siasi epoca. Ma se nell' epoca suddetta era già prescritto il debito , è chiaro che la prescrizione essendo, quando viene opposta, un mezzo di estinguere le obbligazioni , ed un debito estinto non potendo essere ammesso in compensazione , non potrebbe a questa darsi luogo che quando il debitore del debito prescritto non opponesse la prescrizione.

Quid, se l' uno de' due debiti è fondato sopra una scrittura privata e l' altro sopra un titolo autentico , o anche esecutorio? Avvi luogo alla compensazione. La differenza del titolo non pregiudica in nulla all' esistenza nè all' esigibilità de' crediti.

Quid, se uno de' due titoli viene impugnato , *puta* colla denegazione se si tratta di un atto privato , o coll' iscrizione in falso se di un atto autentico? Non vi sarà luogo alla compensazione *de plano* ; ma colui il titolo del quale è impugnato, potrà sequestrare in sua mano il pagamento del credito ; e se alla fine il titolo è giudicato valido, la compensazione si presumerà essersi fin dal principio effettuata.

Può darsi luogo alla compensazione in materia di rendita perpetua? Vedete al IX Vol. la nota 30 del titolo XI. (a)

Si può offrire in compenso ad un creditore ciò che debbe egli stesso ad una persona diversa da quella che oppone la compensazione, beninteso col di lei consenso? Papiniano sta per la negativa. (L. 18 §. 1 ff. *de compensat.*). Barbeyrac sostiene l' affermativa. Pothier distingue : egli adotta il parere di Barbeyrac allorchè il credito opposto in compensazione è eguale o superiore all' altro debito , e quello di Papiniano quando esso cre-

(a) Esamina Toullier profondamente questa quistione , l. c. n. 404 , e noi ne darem conto nella nostra contro-nota a quella dell' autore al suo luogo.

dito è inferiore. Egli argomenta dal perchè in quest' ultimo caso trovasi nel fatto che il creditore non riceve se non un pagamento parziale; ch' egli può esser costretto a riceversi un tal pagamento quando sia debitore del suo creditore; ma che non sarebbe giusto imporgli l' obbligo istesso quando fosse debitore di altra persona. A me sembra la distinzione di POTHIER non ammessibile; e che bisogna risolvere che vi ha luogo o non vi ha luogo alla compensazione: nel primo caso essa dee aver luogo anche in parte; nel secondo non debbe ammettersi nemmeno pel tutto. In ultima analisi l' avviso di BARBEYRAC sembrami preferibile; mentre bisogna convenire che se il debitore comprasse i diritti del creditore del suo creditore, potrebbe senza dubbio dopo la notifica del trasporto opporre la compensazione. Ora qual differenza può esservi nel dritto riguardo alla quistione proposta tra questo caso e quello in cui egli viene ad opporre la compensazione col consenso di questo creditore? Anzi egli potrebbe a rigore far a meno di tal consenso; mentre egli può, se vuole, pagare questo creditore anche suo malgrado; e supponendo ch' egli non possa esser surrogato ai suoi diritti, acquisterà almeno contra il debitore per cui ha pagato l' azione *negotiorum gestorum*, onde farsi rimborsare ciò che ha pagato; ed il beneficio di questa azione ch' è uguale all' ammontare del debito, non divien forse in sua mano un credito compensabile? Chi dunque gl' impedirebbe, se questo creditore consente alla compensazione, di farsi da lui rilasciare una quietanza la quale lo renda creditore diretto del suo creditore?

(376) *Le spese di consegna.* Così, voi mi dovete mille franchi pagabili in Parigi: io ve ne debbo mille pagabili in Lione. Io posso domandarne il compenso, offrendo di bonificarvi ciò che mi costerebbe il far venire questa somma in Lione.

(377) *Nell' intenzione di farlo.* Per conseguenza, soltanto dal momento di detta dichiarazione il debito si estingue, e gl' interessi, se ve n' ha, cessano di decorrere.

(378) *E tutti compensabili*, e tutti esistenti nell' epoca in cui ha dovuto effettuarsi la compensazione, giacchè ove un solo allora n' esistesse, è questo, qualunque siasi, che fu estinto dalla compensazione. Esempio: Vi son debitore di mille franchi senza interesse; io succedo ad una persona alla quale voi dovete mille franchi pure

senza interesse. Dopo che i due crediti si son fatti esigibili, io son divenuto vostro debitore per una nuova somma di mille franchi con interesse. Quantunque a me prema imputare la compensazione su quest' ultima somma piuttosto che sulla prima, nondimeno non avrà luogo l' imputazione; mentre dal momento in cui son divenuti esigibili i due primi crediti, la compensazione si è di pieno dritto compita ed ha prodotto l' intero effetto. Quindi il mio primo debito rimase estinto, e continua sempre ad esistere il secondo.

(379) *Di un medesimo debito*. Ho aggiunto queste parole per distinguere la confusione dalla compensazione nella quale la stessa persona è ad un tempo creditrice e debitrice, ma per debiti differenti.

(380) *Nella stessa persona*; per esempio, allorchè la stessa persona diviene erede ad un tempo del creditore e del debitore, ovvero allorchè il creditore diviene erede puro e semplice del suo debitore, e viceversa.

Noi diciamo *erede puro e semplice*; giacchè abbiam veduto uno degli effetti del beneficio dell' inventario esser quello d' impedire la confusione.

(381) *Nella persona del fidejussore*; nel caso in cui il creditore divenisse erede del fidejussore, e viceversa. *Quid*, se per l' opposto le due qualità di debitor principale e di fidejussore si riuniscano nella medesima persona? *Ex subtilitate juris*, l' obbligazione del fidejussore è quella che svanisce. (L. 14, ff. *de fidejuss.*) Ma presso di noi siffatta quistione è priva d' interesse, giacchè l' articolo 2035 ✝ 1907 decide che in questo caso, ove alcuno avesse dato sicurtà pel fidejussore, il creditore conserva contro di lui i suoi dritti e le sue azioni come se l' obbligazione del primo fidejussore sussistesse ancora. Sarebbe lo stesso riguardo alle ipoteche date dal fidejussore? Congetturo che sì, mentre i Romani i quali decidevano che la confusione in questo caso annullava l' obbligazione del fidejussore, stabilivano nel tempo stesso ch' essa lasciava sussistere l' ipoteca data dal fidejussore (L. 38, §. fin. ff. *de solut.*); or questo tantoppiù debb' essere mantenuto presso noi che facciam sussistere l' obbligazione di quello. (a)

(a) Questa era una sottigliezza del roman dritto. Vedete quel che ne dice Toullier, l. c. ai num. 426 e 427.

(382) *Di uno de' condebitori.* Se per esempio egli è succeduto al creditore, o il creditore a lui. Si legge nell' articolo, *nella persona del creditore*; ma è chiaro che sia un errore di redazione. (a)

(383) *Nel debito.* Quindi l' azione solidale sussiste pel rimanente del debito contro degli altri condebitori.

(384) *Che colla proporzione medesima.* Se per esempio il creditore diviene erede del debitore per un quarto, la confusione non avrà luogo che per un quarto del credito, ed egli potrà riscuotere gli altri tre quarti da suoi coeredi o dai rimanenti debitori, se tuttavia il debito è divisibile. Ove sia indivisibile, ei potrà esigerlo per intero, salvo a tener conto del valore della porzione per la quale la confusione si è effettuata. (Argomento tratto dall' art. 1224 + 1168.) La confusione è un fatto assolutamente estraneo agli altri condebitori che non può loro nocere nè giovare.

Quid, se colui che ha dato sicurtà per un debitore verso due creditori succede all' uno di essi? Egli rimane obbligato come fidejussore verso dell'altro, ma solamente per la parte che questi ha nell' obbligazione; giacchè per la parte del defunto, siccome costui avrebbe avuto un'azione a causa del suo interesse nel credito contro dell' altro creditore il quale avesse riscosso l' intero debito, è manifesto, dietro la regola *eum quem de evictione* ec., che non può essere convenuto per questa parte. Osservate altresì che in questo caso il fidejussore ha l'azione contro del debitore a nome del creditore al quale è succeduto.

Quid, se l' uno de'due debitori solidali succede all' altro? Non v' ha confusione, poichè, dice la legge 5 ff. *de fidejuss.*, le due obbligazioni *sunt ejusdem potestatis.* Ei potrà dunque esser citato sia in suo nome sia in nome del defunto, il che non è indifferente, nel caso per esempio in cui uno de' due debitori potrebbe opporre una eccezion personale. Si dica lo stesso qualora uno de' confidejussori succede all' altro. E finalmente se l'uno de' due creditori solidali succede all' altro, neppure v' è

(a) Parmi che dovrebbe dirsi più errore di stampa che di redazione l' essersi scritto *creditore* in vece di *debitore*. Ma questo palpabile errore non è stato neppure emendato nel corrispondente articolo 1255 delle nostre leggi civili.

confusione, e colui che resta può far la domanda o in suo nome o in nome del defunto; il che neppure può essere indifferente nel caso in cui uno di essi, per esempio, fosse respinto in virtù di qualche eccezione personale.

Osservate in ultimo luogo che soltanto un titolo irrevocabile può effettuare una irrevocabile confusione come lo abbiamo stabilito nella nota 107 al titolo delle successioni, vol. IV, pag. 210, e quindi ogni volta che si opera la risoluzione del titolo, come dicono gli autori, *ex causa antiqua*, il credito risorge con tutti i suoi accessorii. (V. su questo un arresto di cassazione del 24 marzo 1817, *bollet.*, n. 23; V. pure nel IX vol. l' ultima nota al tit. VIII.)

(385) *L' estinzione dell' obbligo di consegnarla.* Avvertite che soltanto quest' obbligo di consegnare si estingue; se alcun altro ne ha prodotto la convenzione correlativo a quello di consegnare, esso continua ad esistere. Così nella vendita, se la cosa perisce senza colpa del venditore prima della consegna e prima ch' egli sia in mora, egli rimane esente dall' obbligazione di consegnarla; ma il compratore ne dee sempre il prezzo. Questa disposizione esisteva anche nell' antico dritto in cui il contratto di vendita non trasferiva la proprietà. Ma ciò andava così, poichè, dicevasi giustamente, *venditor erat debitor speciei certae cujus interitu liberatur.* Tantoppiù dee valer lo stesso attualmente che la vendita per se stessa trasferisce la proprietà; mentre ciò che dee il compratore è il prezzo della proprietà la quale gli è stata realmente trasferita.

(386) *In generale.* Abbiam veduto in effetti nella precedente nota 140 che questo modo di estinzione poteva applicarsi alle obbligazioni indeterminate ma di un genere meno esteso, ossia, come dicono gli autori, *generis limitati.*

(387) *Di cose certe e determinate.* Può esservi talvolta qualche difficoltà a decidere se l' oggetto dell' obbligazione sia o no determinato: ciò ritorna allora nella quistione dell' assegnato limitativo e dell' assegnato dimostrativo trattato nella antecedente nota 247 (a).

(a) Osserva bene Toullier, l. c. tom. VI. num. 459 e seguenti, quanto sia difficile a distinguere l' assegnato limitativo dall' asse-

Osservate che la disposizione dell' art. 1302 † 1256 non è applicabile che al caso in cui l'obbligazione è perfetta sotto tutti i rapporti (a) : per conseguenza essa non ha luogo

1. Riguardo all'obbligazione contratta sotto una condizione sospensiva, se la cosa è perita prima dell'evento della condizione. (Art. 1182 † 1135.)

2. Riguardo alle merci vendute a peso, in numero, ovvero a misura, se la perdita ebbe luogo prima che la cosa sia stata pesata, numerata o misurata. (Art. 1186 † 1139.)

3. Riguardo alla vendita fatta col patto dell'assaggio: essa presumesi fatta sotto una condizione sospensiva. (Art. 1588 † 1433.)

4. Riguardo alle derrate che si usa di assaggiare prima di farne la compra: non vi è vendita che dal momento in cui il compratore le ha approvate. (Art. 1587 † 1432.)

(388) *Per di lui fatto*. Ho aggiunto queste parole poichè il fatto del debitore basta per renderlo responsabile: *nemo potest proprio facto se ab obligatione liberare*. Del rimanente questa distinzione non può aver luogo che quando il debitore non conosce l' esistenza dell' obbligazione impostagli; giacchè altrimenti qualunque fatto dalla sua parte sarebbe colpa: ma se per esempio un erede vende o dona una cosa ch'egli credeva aver appartenuto al defunto, e che gli era stata solamente imprestata, ovvero una cosa legata con un testamento del quale non ha conosciuto che posteriormente l' esistenza, egli non è in colpa, poichè ha creduto disporre della sua cosa. Ma nondimeno, siccome per suo fatto egli si è posto nell' impossibilità di consegnarla, sarà tenuto pagar-

---

gnato dimostrativo, e nella nota al num. 445 del tomo VII aggiunge che l' imperfezione della lingua, e l' incuria o l' ignoranza di chi redige gli atti impediscono che si possano su questo punto stabilir regole certe, per cui viene il tutto rimesso alla saviezza de' magistrati.

(a) Ma qual sarà l' istante preciso in cui può dirsi perfetta l' obbligazione in quei contratti la di cui natura non è di trasferire la proprietà, ma solo il godimento della cosa, come la locazione, la società? Veggasi Toullier, l. c. n. 448 e seguenti, dove osserva il vizio di redazione in varj articoli sull' uno e l' altro contratto di cui faremo menzione al loro luogo rispettivo.

ne il valore. (Art. 1042 † 997 e legge 91 §. 2 ff. *de verb. obligat.*)

Quid, se la cosa è perita per fatto o colpa del fidejussore? Il debitore principale è liberato. (L. 88 ff. *de verb. obligat.*, e L. 19 ff. *de dolo malo.*) Ma se però per fatto o colpa del debitore il fidejussore non è liberato. (L. 58 §. 1 ff. *de fidejuss.*) La ragione della differenza si è, che il fidejussore è obbligato pel debitore, ma non il debitore pel fidejussore.

Quid, se la cosa è perita per fatto o colpa di un condebitore solidale? Gli altri sono responsabili del prezzo, ma non dei danni ed interessi, come si è detto nel testo alla pag. 38 e nella nota 156.

Quid, se per fatto o colpa di un condebitore non solidale? Gli altri sono interamente liberati; ed il debitore pel fatto del quale è avvenuta la perdita, è solo tenuto al pagamento del prezzo intero e dei danni ed interessi.

Quid, se la cosa è perita per colpa di uno degli eredi del debitore? Gli altri sono liberati. (L. 48, §. 1 ff. *de legatis* 1.) (V. la nota 304 al titolo precedente.)

Riflettete che generalmente in caso di perdita della cosa, la presunzione si è ch'essa è perita per colpa del debitore, e che ove egli pretenda esser la perdita avvenuta per caso fortuito, spetta a lui di provarlo. Questa è una conseguenza del principio che provata una volta l'esistenza dell'obbligazione, appartiene a colui che la pretende estinta il provarne l'estinzione. Ma provato il caso fortuito, se il creditore pretende, ch'esso ebbe luogo per colpa del debitore, tocca a vicenda a lui il comprovarlo. (Art. 1808 † 1654.)

(389) *Ma cangia di oggetto.* Ho preferito questa redazione anzichè dire che l'obbligo di consegnare la cosa si converte in quello di pagarne il valore; mentre da ciò si sarebbe potuto conchiudere esservi cangiamento di obbligazione; il che non è, mentre i debitori solidali ed i fidejussori sono sempre tenuti, e sarebbero liberati se l'antica obbligazione più non esistesse, vale a dire se vi fosse stata novazione.

(390) *A pagarne il prezzo.* Per conoscere su quali basi deesi procedere in questo caso all'apprezzo della cosa, V. al IX vol. la nota 20 del titolo XI.

(391) *Se vi è luogo.* Noi diciamo *se vi è luogo*,

poichè è possibile che l' inadempimento dell' obbligazione non abbia cagionato alcun pregiudizio al creditore, il quale non può allora pretendere risarcimento di danni ed interessi.

(392) *Ove già gli fosse stata rimessa.* In questo caso la mora del debitore non ha cagionato alcun pregiudizio al creditore. Ma bisogna star ben guardinghi, mentre per poco che sia presumibile che la cosa non sarebbe perita in mano del creditore, il debitore è tenuto, per es., se a tenore delle circostanze si potesse supporre che il venditore l' avrebbe venduto prima della perdita. (L. 15, § 3, ff. *de rei vindicatione.*)

(393) *Cedere al suo creditore.* Una cosa depositata vien sottratta al depositario. Questi è ricorso in suo nome, e quindi ha ottenuto delle condanne contro del ladro. Egli dee cedere al deponente ogni diritto ed azione risultante da questo giudizio (a).

È lo stesso per tutti gli accessorii della cosa che possono trovarsi ancora in mano del debitore. Egli dee restituirgli al creditore. Nè osta la l. 2 ff. *de peculio legato.* È chiaro che in detta legge si tratta del caso in cui la cosa principale è perita prima che l' obbligazione fosse nata, come, se la cosa legata sia perita innanzi la morte del testatore. Abbiam veduto che in questo caso nemmen l' accessorio era dovuto; poichè l' accessorio non fu legato specificatamente, esso non è dovuto che accessoriamente alla cosa principale. Dunque non è più dovuto quando la cosa principale ha cessato di esser dovuta. Ma se la cosa principale è perita dopo ch' è nata l'obbligazione, allora l' accessorio ha cominciato ad esser dovuto; e non può cessare di esserlo che quando cessa di esistere.

(394) *La cosa rubata sia perita*, anche per caso fortuito, e ciò *odio furum.* (b)

(395) *Per farla pronunziare.* Tali erano le obbligazioni contrarie ai buoni costumi; quelle stipulate dalle

---

(a) Toullier, l. c. num. 476, fa riflettere all'incoerenza dell' art. 1303 † 1257, cui è relativo la nota del nostro autore; poichè secondo i principj del codice non vi è bisogno di cession di ragioni o surrogazione per l'esercizio de' dritti suddetti: questa *disparate*, com' egli la chiama, non esistiva nel progetto del codice nè sa da chi fosse stata aggiunta. Certo è però che non essendo in armonia coi nuovi principj sul trasferimento della proprietà, merita, dic' egli, di essere riformata nella revisione del codice.

(b) Il rigore di questa disposizione non si estende agli eredi del ladro. *Colui che l' ha sottratto*, dice l' art. 1302 † 1256.

mogli senza autorizzazione, le obbligazioni usurarie, e finalmente quelle colpite da nullità *di ordinanza*, vale a dire da nullità espressamente pronunziate dalla legge.

(396) *Non fosse che rescindibile* : come nel caso di minor età, dolo, violenza, o lesione.

(397) *Lettere di rescissione*, le quali si spedivano senza cognizione di causa a nome del re nelle cancellerie stabilite presso le corti sovrane. Apparteneva ai giudici cui erano dirette l'esaminare se la causa di rescissione era giusta, e nel caso affermativo darvi corso, vale a dire ordinarne l'esecuzione. Da ciò si scorge che tutto dipendeva dalla sentenza del giudice, e che l'ottener quelle lettere era una formalità. Ma si credeva che quando un contratto era valido in se stesso, non vi fosse che il sovrano il quale nella sua qualità di legislatore o magistrato supremo potesse pronunziarne la rescissione. (a)

(a) Toullier, l. c. tom. VI, e propriamente nella nota al n. 106, chiama *inesatta e falsa* la dottrina del nostro autore che nel testo insegna non esser più necessaria la distinzione tra le obbligazioni nulle di dritto, e quelle soggette a rescissione, e che il codice si serve indifferentemente di queste due espressioni; poichè non *indifferentemente* se ne serve negli art. 1304 † 1258 e 1311 † 1265; ma bensì per designare e caratterizzare la natura differentissima di queste due azioni. Egli adotta quindi il parere di Proudhon nel suo Corso di dritto francese tom. II pag. 282; vale a dire » che l'azione per nullità non esige la pruova di alcuna lesione, dal che risulta non doversi altro stabilire che la nullità stessa per sbarazzarsi da tutte le conseguenze dell'atto che n'è colpito; mentre al contrario nell'azione per rescissione bisogna provare la lesione, a meno che non sia di pieno dritto presunta, perchè l'atto non è nullo, e ripugna non meno alla morale che alla giustizia di ammettere un uomo a farsi giuoco delle sue obbligazioni pel solo piacere di non mantenerle senz'aver interesse reale a romperle. È dunque necessario presentemente distinguere il caso della nullità da quello della rescissione, perchè nell'uno l'esercizio dell'azione è sottoposto ad una condizione che non può esser richiesta nell'altro ». Questa dottrina conclude il Toullier è vera, perfettamente esatta, e resa nella più netta e chiara maniera. Noi aggiungiamo che lo stesso Delvincourt conviene della differenza nell'effetto, come vedesi nella nota seguente.

Nel tomo VII poi ed ai num. 527 e seg. stabilisce tre essenziali differenze tra queste due azioni, e ne esamina le conseguenze: tra le quali merita di esser considerata la quistione che propone sul dritto della registratura nel caso di un contratto risoluto per rescissione, e l'esame dell'arresto della corte di cassazione del 5 germinale an. XIII, rapportato nel *Nuovo Repertorio di giurisprudenza* alla voce *Enregistrement* §. 2.

(398) *Di queste due espressioni.* Non pertanto la parola *nullità* più particolarmente si applica alle obbligazioni nulle nell' interesse pubblico, a quelle riguardo a cui le formalità richieste non sono state osservate, a quelle in fine che furono contratte da persone alle quali è impossibile supporre qualunque volontà, come un fanciullo di tenera età, un interdetto.

Quanto all' effetto, si può dire esservi questa differenza, che nel caso di nullità, il contratto debbe annullarsi sol perchè vi ha nullità, e senza essere obbligato chi chiede l' annullamento a provar altro fuorchè vi ha nullità. Al contrario, quando vi è luogo solamente alla rescissione, bisogna che colui il quale la domanda provi essergli l' atto stato nocivo.

(399) *Principalmente.* Io dico *principalmente*, poichè questi motivi hanno pur de' rapporti, ma solo indiretti, coll' ordine pubblico. (a)

(400) *Vi abbia interesse.* Bisogna però eccettuare il caso in cui si tratta di causa illecita *ex una tantum parte*. Colui *ex cujus parte turpitudo versatur*, non può domandare la nullità, poichè bisognerebbe che allegasse la sua propria turpitudine. Parimenti se *turpitudo versatur ex utraque parte.*, la nullità non può essere domandata da alcuna delle parti contraenti, ma altresì da nessuna può agirsi per l' esecuzione.

(401) *Venendo il caso*; vale a dire che se una convenzione simile vien allegata in una causa e che la nullità non ne sia domandata nè opposta da alcuna delle parti, può domandarla d' officio e nell' interesse della legge il pubblico ministero.

(402) *Non possono essere sanate.* Ma in questo caso qual' è la durata dell' azione? L' art. 1304 † 1258 non distingue se l' azione di nullità proviene da questa o quella causa e ne stabilisce in tutti i casi la durata a dieci anni; ciò si lega al sistema generale del codice il quale

(a) Vedete Toullier, l. c. tom. VII n. 555, il quale trova che la proposizione di esser *rispettive* (il nostro autore dice *relative* nel testo) tutte le nullità che han per causa l' interesse de' privati manchi di esattezza, per troppo generalità; poichè vi sono delle nullità pronunciate principalmente per l' interesse de' privati, le quali ciò non ostante sono *assolute*, nel senso che annullano essenzialmente e radicalmente l' atto, e lo fan riguardare come non avvenuto.

vuole per quanto è possibile assicurare la perpetuità delle transazioni ; e d' altronde se giusta il codice penale l' azione anche civile risultante da un misfatto con dieci anni è prescritta (a), a più ragione l' azione per nullità di una obbligazione la quale ha una causa illecita , debb' esser prescritta con lo stesso intervallo di tempo. Ma l'eccezione non n' è meno perpetua. (V. qui appresso la nota 422.)

(403) *Causa falsa* o *illecita*. V. la nota 400. La nullità per causa illecita è relativa , allorchè *turpitudo versatur ex una tantum parte.*

(404) *Per la validità dell' atto*. Pertanto questa causa potrebbe riguardarsi come assoluta , nel senso che può essere invocata da tutti quelli cui l' atto è opposto. Ma essa è relativa nel senso che può esser sanata dalla ratifica delle parti , salvo ciò che si è detto riguardo alle donazioni tra vivi , nulle nella forma e che ai termini degli articoli 1339 ✝ 1293 e 1340 ✝ 1294 , non possono essere validamente ratificate che dagli eredi del donante e non dal donante istesso.

(405) *Che chiede la rescissione*. Per sapere quando l' incapace si presume aver profittato , V. la nota 260.

(406) *Senza essere autorizzata*. Anticamente si credeva che in questo caso la nullità era assoluta e poteva richiedersi anche da quelli che avevano contrattato con la moglie non autorizzata. Ciò era forse più conforme al rigore de' principii sui quali poggia la potestà maritale già da noi sviluppati nel 2 vol. nota 154 al tit. VI pag. 303 , ed anche a quelli che il codice ha seguitati. Vediamo in effetti che l' art. 1388 ✝ 1342 dichiara nulle tutte le convenzioni matrimoniali che derogassero alla potestà maritale , e questa nullità senza contradizione sarebbe assoluta. Ora se il codice dichiara nulla e di nullità assoluta la sola convenzione che permette d' infrangere la potestà maritale , anche prima che questa convenzione sia stata seguita da veruna esecuzione , non si vede come lo stesso principio non sarebbe applicabile agli atti particolari che la moglie può fare in dispregio di

(a) Vedete quel che abbiamo detto sulla prescrizione de' misfatti nelle nostre osservazioni al tit. 2 del Libro I. *Crime* dice, colla legge , l' autore , che gl' italiani tradussero *crimine* nel loro codice , e noi *misfatto.*

questa medesima potestà. Si può dire però a giustificare la disposizione del codice, che colui il quale tratta con una moglie non autorizzata le agevola i mezzi di violare l'obbedienza ch' ella dee al marito, e che perciò non sia ammessibile a domandare egli stesso la nullità dell'obbligazione dietro la massima: *nemo ex delicto suo debet consequi actionem.*

(407) *E dai suoi eredi.* Ma in questo caso il dritto di chiedere la rescissione dell'atto varia, sia in ragion delle persone che l'esercitano, sia in ragion delle circostanze nelle quali esso viene esercitato. Così, durante il matrimonio il marito può impugnar l'atto ancorchè non gli pregiudicasse in verun modo, solo nell'interesse della potestà maritale che fu violata. Dopo lo scioglimento del matrimonio il marito o i suoi eredi non possono domandare la rescissione che quando l'atto loro pregiudichi. Indi risulta che se la nullità fu pronunziata durante il matrimonio, quantunque ad istanza del solo marito, l'atto è annullato *omni modo* relativamente a tutti. Ma se l'atto non fu annullato che dopo il matrimonio ad istanza del marito o de' suoi eredi, la sentenza non giova che a coloro i quali intervennero nel giudizio.

Quanto alla moglie o al di lei erede, hanno dritto di domandare la rescissione sol perchè l'autorizzazione non fu data, sino a che si trovino nell'intervallo di tempo stabilito dall' art. 1304 † 1258.

(408) *Alla sua interdizione.* Bisogna dire altrettanto di colui al quale fu dato un consulente, circa gli atti che non può fare senza la di costui assistenza. Ma nondimeno egli può sempre essere convenuto in virtù di questi atti, *si et quatenus locupletior factus est.* Dicasi lo stesso dell' interdetto.

Quid, de' contratti stipulati nell' ebrietà? Il codice non si è spiegato a tal proposito. *Stricto jure* l'ebrietà essendo ordinariamente la conseguenza di una colpa dalla parte dell' ubbriaco, egli non dovrebbe avere il dritto di dedurla come causa di eccezione per domandare la rescissione dell' obbligo contratto. Ma siccome d'altronde v' ha probabilmente dolo dalla parte di colui che contratta con un uomo in tale stato, e che questo dolo è in lui più condannabile che non l'ebrezza nell' altro, vi sarebbe ingiustizia nell' accordare un' azione efficace a chi lo ha commesso. Oltre a ciò, supponendosi egualmente

colpevoli, *in pari causa melior est conditio possidentis*: e per conseguenza l'azione del creditore dee poter essere respinta dall' eccezione dedotta dall' ubbriachezza.

(409) *In seguito svantaggiosi.* Per esempio, un minore ha comprato una casa; il contratto era vantaggioso; dopo però questa casa è stata consunta da un incendio: egli non potrà far rescindere il contratto di vendita.

(410) *Come minore.* Il codice non ha determinato l'età nella quale un minore non è capace di agire, almeno nel suo interesse. Presso i Romani il minore *infans* si presumeva incapace di agire, ed era infante sino a sette anni. Il codice prussiano ha adottato le stesse disposizioni: presso di noi ciò sarebbe lasciato senza dubbio all'arbitrio del giudice. (a)

(411) *In suo favore. Quid*, se fu venduto uno stabile appartenente ad un minore, senza osservarsi le formalità richieste per atti di tal sorta, ma ad un prezzo vantaggioso? Egli può sempre domandare la rescissione; in sulle prime perchè vi ha violazione della legge proibitiva. *Il tutore non può*, dice l'art. 457 † 380. (V. al 2. vol. la nota 52 al tit. VI pag. 249) E poi v'ha lesione pel minore sol perchè fu venduto uno de' suoi stabili senza necessità; è meglio per lui aver fondi che contante, il quale può dal tutore essere dissipato. (LL. 2 e 11 cod. *de praediis et aliis rebus minorum* ec.) Il minore potrà dunque sempre revindicare, senza esser neppur tenuto di rendere il prezzo; ammenochè l'acquirente non provi che quegli ne abbia profittato. (V. la nota 260.)

Quid, riguardo ai frutti? Se l'acquirente sapeva che la cosa apparteneva al minore, dee rendere tutti i frutti: se no, si applicheranno le regole relative ai possessori di buona fede. (L. 2. cod. *si quis ignorans.*)

Osservate che in questi diversi casi, anche il tutore che ha venduto, ma senza le formalità richieste, può

(a) Ma sarebbe stato meglio non ommetterlo, poichè i giudici si potrebbero credere autorizzati a prolungare, o abbreviare i termini dell' infanzia. Il codice prussiano citato dal nostro autore nella prima parte tit. 4 n. 20 stabilisce. » Tutte le dimostrazioni di volontà al di sotto di sett' anni sono nulle » e nel num. 21. » Quelle degl' impuberi al di sotto di quattordici anni non han valore se non quando ne risulti per loro qualche vantaggio. » Speriamo che nella revisione del codice sia ripianato questo vuoto.

domandare a nome del suo pupillo la nullità della vendita, senza che gli si possa opporre la regola *eum quem de evictione ec.* In effetti questa regola non è applicabile che al caso in cui l' atto è impugnato da quello stesso che ha l' obbligo di garentirne l' esecuzione. Ora qui se vi fosse alcuno obbligato a garentire, sarebbe il tutore nel suo proprio e privato nome; e quando egli agisce a nome del suo pupillo, è il pupillo medesimo che si presume agire per di lui organo. Presentemente il compratore evitto potrebbe domandare i danni ed interessi al tutore? La quistione può esser dubbia se il tutore ha venduto lo stabile come cosa del minore e che non abbia garentito la vendita personalmente; e ciò per argomento tratto dall' art. 1599 † 1444. L' acquirente dee non men del tutore conoscere la legge la quale proibisce la vendita degl' immobili de' minori senza l' osservanza di talune formalità. Non v' è dunque ragione di accordargli l' azione pel risarcimento de' danni ed interessi; tutto al più potrà esigere la restituzione del prezzo.

(412) *Contra qualunque sorta di atti.* L' articolo dice, *contro qualunque sorta di convenzioni.* Hò sostituito la parola *atti* la quale è più generale, poichè in effetti il pupillo fa restituirsi in intero non solo contro le convenzioni, ma benanche contro tutti gli altri atti che possono pregiudicargli, come, contro una quietanza, se non ha profittato del danaro; contro un titolo di ricognizione, se l' atto primitivo poteva esser impugnato, ec. Ma riflettete che il minore non può domandare in suo nome il beneficio della restituzione, se non contro gli atti stipulati da lui, e non contro quelli stipulati da' suoi autori, ancorchè la lesione provenisse da un fatto accaduto durante la sua minor età. Così il minore non può restituirsi contro il decadimento di una facoltà di ricompra stipulata dal suo autore (art. 1663 † 1509), ed in generale tutte le prescrizioni convenzionali cominciate contro i maggiori corrono contra i loro eredi minori, salvo il loro regresso avverso chi compete.

Il pupillo sarebbe restituito contro un altro pupillo? Sì: per es. se un pupillo ha tolto a prestanza del danaro da un pupillo e lo ha dissipato. (L. 11 §. 6, e l. 34 ff. *de minor.*) La qualità del creditore non dee determinare la condizione del debitore. E d' altronde son essi *in*

pari causa; e quindi allora *melior est conditio rei quam actoris*.

Ma se un minore ha venduto senza formalità uno di suoi immobili ad un altro minore e che abbia ricevuto e dissipato il prezzo della vendita, potrà farsi restituire l'immobile senza rendere il prezzo? Io credo che sì. Ma qualora l'immobile sia degradato, egli non potrà reclamare alcuna indennità. Egli riprende il suo fondo per ciò che rimane e nello stato in cui si trova.

Credevasi anticamente, dietro la novella 115 cap. 3 §. 13, che il minore in età di oltre a diciotto anni non poteva restituirsi contro le obbligazioni da lui contratte pel riscatto di uno de' suoi ascendenti. Probabilmente ancor oggi si giudicherebbe così, qualunque fosse l'età del minore, e salvi i casi di eccesso o di frode.

(413) *Debba essere pronunciata*, e ciò senza che vi sia obbligo di provar la lesione. Il solo fatto di essersi violata la potestà maritale dà luogo alla rescissione in suo favore (V. la nota 407.)

(414) *O dal suo quasi delitto.* Il delitto ed il quasi delitto sono in generale fatti illeciti che nuocciono altrui. Ma vi ha questa differenza, che il delitto è commesso con intenzione di nuocere, ed il quasi delitto risulta da una colpa o imprudenza senza alcuna intenzione criminosa.

Il minore non può farsi restituire contro le obbligazioni risultanti dal suo delitto o quasi delitto. Ma se transigendo sui danni ed interessi che ne risultano egli pretende essere stato leso, potrà ricorrere contra la transazione, qualora la medesima non fu accompagnata dalle formalità richieste dall' art. 467 † 390.

Ai termini dell' art. 66 del cod. pen., allorchè l'accusato ha meno di sedici anni, i giudici ovvero i giurati debbono prima di tutto decidere s'egli abbia operato con discernimento. In caso di negativa, egli debb' essere assoluto, e secondo le circostanze, consegnato ai parenti o messo in una casa di correzione per esservi educato e detenuto durante quel numero di anni che la sentenza determinerà, e che per altro non può oltrepassare l'epoca in cui avrà egli compito il suo ventesimo anno.

Se vien deciso ch' egli operò con discernimento, si dà luogo all' applicazione delle pene scritte nel codice, ma ridotte come segue.

S'egli è incorso nella pena di morte, de' lavori forzati perpetui o della deportazione, sarà condannato alla pena di dieci a venti anni di prigionia in una casa di correzione. Se ha meritato la pena dei lavori forzati a tempo o della reclusione, sarà condannato ad essere rinchiuso in una casa di correzione per un tempo eguale almeno al terzo ed al più alla metà di quello al quale avrebbe potuto essere condannato nell' una di queste pene.

In tutti siffatti casi, potrà esser messo con la sentenza o decisione sotto la sorveglianza dell' alta polizia, durante cinque anni almeno e dieci al più.

Se ha incorso la pena della gogna o del bando, sarà condannato ad essere rinchiuso da uno a cinque anni in una casa di correzione. (Art. 67.)

In nessuno de' casi preveduti dall' art. precedente il condannato subirà la pubblica esposizione. (Art. 68.)

Se il colpevole non ha incorso che una pena correzionale, potrà esser condannato a quella pena correzionale che sarà giudicata convenevole, purchè sia inferiore per la metà a quella che avrebbe subita se avesse avuto sedici anni. (Art. 69.) (a)

(a) Ecco quello che le nostre leggi penali han disposto su quest' oggetto.

Art. 64. I fanciulli minori di anni nove sono esenti da ogni pena.

Ne sono egualmente esenti i minori di anni quattordici compiuti, quando si decide che abbiano agito senza discernimento.

Il giudice però nel caso di misfatto o delitto debbe o consegnarli ai loro parenti coll' obbligo di ben educarli, o dee inviarli in un luogo pubblico da stabilirsi dal governo per esservi ritenuti ed educati per quel numero di anni che la sentenza determini, ma che non potrà oltrepassare il tempo in cui diventeranno maggiori.

Art. 65. Se ne' misfatti siasi deciso che il giovinetto maggiore di anni nove e minore di quattordici compiuti abbia agito con discernimento, allora alla morte, all' ergastolo, al quarto ed al terzo grado de' ferri verrà sostituita la reclusione. Questa pena sarà espiata nella casa di correzione.

Se è incorso in altre pene criminali, soggiacerà al primo o secondo grado di prigionia.

Se è incorso in pene correzionali, sarà condannato alle pene di polizia.

Art. 66. Quando il colpevole abbia compiuto l' anno quattordicesimo, ma non sia giunto all' età di diciotto anni, allora alla morte all' ergastolo ed al quarto grado de' ferri vien sostituito il terzo grado de' ferri nel presidio.

Quid, riguardo ai delitti o quasi delitti commessi da una donna maritata? La sua qualità nulla cambia riguardo alla pena corporale, ma semplicemente per ciò che riguarda le procedure pecuniarie, come le ammende e le riparazioni civili. (V. in seguito il tit. *del contratto di matrimonio.*)

(415) *La semplice dichiarazione*. Bisogna che vi sia solamente una semplice dichiarazione; se fosse accompagnata da circostanze tali che si potesse presumere essere stata l'altra parte indotta in errore, sarebbe un dolo il quale impedirebbe la restituzione; come, se il minore ha esibito un falso atto di nascita.

(416) *Per impedire la restituzione.* Altrimenti le persone le quali contrattano coi minori troverebbero sempre il mezzo, di privarli del beneficio della restituzione esigendo da essi che dichiarassero d'esser maggiori.

(417) *È di dieci anni.* Ma badate che questa dilazione ha luogo solo nel caso in cui l'atto è attaccato coll'azione personale di nullità o rescissione: altrimenti, se lo fosse con qualunque altra, come con un'azione reale o di rivindica. Si applicherebbe allora il termine della prescrizione stabilita per l'azione di cui si tratta. Quindi ragionevolmente decise la cassazione negli 8 dicembre 1813 (Sirey, 1814, 1. parte, pag. 213), che se il fondo di un minore è venduto come fondo di un altro, si possono applicare le regole della prescrizione di dieci, venti, o trent'anni, secondo che vi sia presenza ovvero assenza, buona o cattiva fede, e salve le sospensioni ed interruzioni di dritto.

Se vi fosse facoltà di ricompra, la dilazione di dieci anni correrebbe durante il tempo stipulato pel retratto? Sì. (Argomento desunto dall'art. 1676 ✝ 1522.)

Se l'obbligazione è condizionale, i dieci anni decorreranno dalla maggior età, o dall'evento della condizione, se questo evento è posteriore alla maggior età? Io credo che decorreranno dal giorno dell'evento della condizione. Perchè obbligare a far una lite la quale può non aver oggetto?

Tutte le altre pene criminali saranno diminuite di uno a due gradi; ed i ferri saranno sempre espiati nel presidio.

I soli parricidi saran puniti colla morte, compiuto il loro anno sedicesimo.

(418) *Un termine più breve.* (V. i titoli *del matrimonio e della vendita.*)

(419) *In situazione di agire. Quid* riguardo ai suoi eredi? Bisogna distinguere se sono maggiori o minori. Nel primo caso, se il loro autore è morto dopo che il termine è incominciato a decorrere, essi per reclamare hanno lo stesso tempo ch'egli aveva ancora nell'epoca della sua morte. S'egli ha cessato di vivere prima che il termine fosse incominciato, essi hanno dieci anni da computarsi dal giorno della sua morte. Se sono minori avranno gli stessi termini, ma non cominceranno a decorrere che dal giorno della loro maggior età. (L. 19 ff. *de minor.*)

Il beneficio della restituzione del minore giova ai maggiori? Sì, ma solamente *in individuis.* (Argom. tratto dagli art. 709 † 630, e 710 † 631.). Se dunque un dritto di passaggio è stato conceduto senza le formalità richieste sopra un fondo appartenente in comune ad un minore e ad alcuni maggiori, la restituzione del minore gioverà ai maggiori: ma se trattasi della vendita di un fondo comune, la vendita non sarà rescissa che per la porzione del minore. (L. 47, §. 1, ff. *de minor.*)

(420) *In cui cessò la violenza. Quid*, se fosse una moglie che domandasse la rescissione, pretendendo che abbia il suo marito esercitata la violenza? Il tempo non decorrerebbe che dal giorno dello scioglimento del matrimonio. (Argom. tratto dall'art. 2256 n. 2. † 2162.)

(421) *Dello scioglimento del matrimonio.* Si comprende che quando la rescissione è domandata dalla moglie o da' suoi eredi, il tempo non dee correre che dal giorno dello scioglimento del matrimonio; mentre sol da questo momento possono essi validamente ratificare. Ma non si scorge perchè questa causa di nullità non essendo ora che relativa, il tempo non corre contra il marito dal giorno in cui ebbe notizia dell'atto. Nondimeno questa disposizione può essere giustificata. In effetti, bisogna supporre che non si sia agito per l'esecuzione contro del marito; altrimenti, o egli ha eseguito l'atto, ed allora l'esecuzione equivale alla ratifica, e l'atto sarà inattaccabile anche da parte della moglie o de' suoi eredi: o egli ha opposto la nullità, ed allora è stato forza decidere, e tutto è terminato allo scioglimento del matrimonio. Ciò posto, non si può forse assegnar due ragioni

perchè il tempo non corra, anche riguardo al marito, che dal giorno dello scioglimento del matrimonio?

Primieramente si può presumere che il marito non abbia voluto durante il matrimonio intentare una lite disaggradevole alla consorte.

In secondo luogo, poichè non si è agito per l'esecuzione dell'atto durante il matrimonio, fa duopo dir che il marito non ebbe interesse, e perciò non aveva bisogno di domandare la rescissione.

(422) *Del consulente.* Contro questa disposizione si è opposto che le azioni risultanti da contratti non si prescrivono che con trenta anni. Ora se non si accordano all'interdetto che dieci anni per reclamare, ne seguirà che in capo ad undici anni, per esempio, un individuo si troverà costretto ad eseguire un attò ch'egli avrà stipulato durante la sua interdizione, e del quale è possibile che a motivo del guasto del suo intelletto non abbia avuta la menoma cognizione. Io credo che sia facile rispondere a questa difficoltà distinguendo con le leggi romane l'azione dall'eccezione di nullità. L'azione può essere temporanea e l'eccezione perpetua: *quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*, dice GOTOFREDO sulla legge 5. cod. *de exception* Così, giusta il dritto delle pandette, l'azione del dolo era annuale, e nondimeno l'eccezione del dolo era perpetua. *Non sicut de dolo actio certo tempore danda est. Nam haec perpetuo competit.* L. 5 §. 6. ff. *de doli mali et met. except.*), e la stessa legge assegna il motivo della differenza: *cum actor quidem in sua potestate habeat quando utatur suo jure: is autem cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur.* La stessa disposizione ha luogo in fatto di violenza. (L. 5. cod. *de except.*)

Or l'articolo 1304 † 1258 non contiene nulla che sia contrario a tal sistema, poichè non limita che la durata dell'azione, e tace interamente sulla eccezione. Se ora supponiamo l'eccezione perpetua come presso i Romani, la cennata obbiezione svanisce. In effetti cosa è l'azione di nullità o di rescissione? È in generale un'azione rivocatoria la quale tende a far tornare in potere di una persona ciò che gli uscì di mano in seguito della convenzione la di cui nullità è domandata. Quest'azione non è dunque realmente necessaria che quando la convenzione è stata eseguita, e che ne sia risultato un pre-

giudizio per colui nell' interesse del quale la nullità è stabilita. Sino a tanto che l' esecuzione non ha avuto luogo, l' azione non è necessaria, e basta l' eccezione. *Nemo invitus agere cogitur.* (L. unic. cod. *ut nemo invitus.*) Applichiamo questi principii ad un caso. Un interdetto ha venduto la sua casa e l' ha consegnata. È impossibile che tolta la sua interdizione egli non sia istruito in capo a pochissimo tempo della convenzione che ebbe luogo e della consegna la quale ne fu la conseguenza. Ebbene, egli ha dieci anni, da computarsi dal giorno in cui l' interdizione fu tolta, per far annullare la vendita e rivendicare la casa. Ma se la casa non è consegnata, egli non ha bisogno di agire. Egli aspetterà che l' acquirente lo citi a consegnare; ed allora in qualunque siasi tempo opporrà l' eccezione. Con questa interpretazione il senso dell' art. 1304 sembra assai ragionevole e conseguente ai principii. (V. Rousseaud de la Combe, *verbo* exception n. 2.)

Osservate che abbiamo detto essere l' azione di rescissione *in generale* un' azione rivocatoria, poichè è in arbitrio di colui che ha dritto a formarla, intentarla anche prima che l' atto sia stato eseguito, s' egli vi ha interesse, *puta*, se sia obbligato a provar la lesione, e tema che non ne periscano le pruove. Ma allora egli dee intentarla ne' dieci anni.

Quid, nel caso della mancanza di oggetto o di causa, della causa falsa o della illecita? Bisogna distinguere:

Se si tratta della mancanza di oggetto; l' azione non dura che dieci anni da computarsi dal giorno in cui la cosa doveva esser consegnata; ma l' eccezione è perpetua. Esempio: mi avete venduta una casa che nel momento della vendita era bruciata. O io ve n' ho pagato il prezzo o no: Se ve l' ho pagato, siccome per farmelo restituire, io sono obbligato di domandare la nullità della vendita, non ho che dieci anni per intentare l' azione, da computarsi dall' epoca nella quale doveva la consegna esser fatta, poichè da quel punto solamente ho dovuto conoscere che la casa non esisteva. Ma se io non ho pagato, in qualunque epoca voi mi domandiate il prezzo io potrò opporre la nullità del contratto. V. una decisione di Rennes del 28 Juglio 1811. (Sirey, 1813, 2 parte pag. 98.)

Se non v' è causa, io credo che bisogna distinguere:

siccome la mancanza d'indicazione della causa non rende nulla l'obbligazione, salvo al creditore il provare che ve n'abbia alcuna, io congetturo che l'adempimento dell'obbligazione dee far presumere l'esistenza di una causa vera, e che perciò l'azione rivocatoria o d'annullamento, non è ammessibile. Ma se non vi è stata esecuzione, l'eccezione desunta dalla mancanza di causa può esser opposta, salvo al creditore il provare come sopra.

Se si pretende che la causa è falsa, io credo che pur bisogna distinguere: se la falsità era nota al debitore, quando eseguì la convenzione, si applicherà la decisione data pel caso precedente: altrimenti però s'egli non l'ha conosciuta che dopo l'esecuzione; i dieci anni correranno allora dal giorno in cui la falsità sarà stata conosciuta, e questo caso debb' esser assimilato a quello dell'errore. Ma chi dovrà provare? Parmi che spetti al debitore il provare la falsità della causa; ma che, fatta questa pruova, appartenga al creditore il provare che la falsità della causa era saputa dal debitore nell'epoca della esecuzione.

Alcuni avevano preteso che siccome in questi diversi casi il contratto mancava di una delle cose che gli sono essenziali e senza di cui non può sussistere, così vi era luogo all'azione detta *condictio indebiti*, azione la quale doveva durare trent'anni. A costoro si può rispondere, che in tutti i casi il contratto è in verità nullo, ma che noi non conosciamo in generale nullità di dritto; ch'esse debbono essere pronunziate, e per conseguenza domandate; che l'art. 1304 non fa distinzione tra i casi di nullità e quelli di rescissione; ch'esso non accorda in generale e per tutti i casi se non la dilazione di dieci anni; che il consenso è così essenziale al contratto come la causa e l'oggetto, e nondimeno l'art. 1304 non dà che dieci anni per intentare l'azione di nullità risultante dalla mancanza di consenso, giacchè questo articolo si applica formalmente al caso di errore e che in questo caso non v'ha consenso. (L. 116, §. 2, ff. *de Regulis juris.*) D'altronde, come l'abbiamo detto, la falsità della causa non può essere che la risultanza dell'errore. Or perchè sarebbe più lunga la dilazione quando l'errore si applica alla causa che quando si applica ad ogni altro oggetto? Concludiamo dunque che la disposizione dell'art. 1304 debb'essere applicata a tutti i casi

di nullità o di rescissione, qualunque ne sia la causa, e che l'azione, quando ha luogo, non può durare più di dieci anni. Del resto ricordiamoci sempre che lo spirito generale del codice è di assicurare per quanto è possibile la tranquillità de' possessori. E questo è pure il principal motivo che ha fatto mettere ad un livello i casi di nullità e quelli di rescissione, che per lo innanzi eran distinti. Ora il sistema contro al quale combatto sarebbe interamente opposto a questa ben espressa intenzione del legislatore.

Se la causa è illecita, conviene ancora distinguere: se vi ha turpitudine *ex utraque parte*, come se alcuno ha promesso danaro ad un altro acciò commettesse un delitto, non v'è azione per far eseguire il contratto; ma se venne eseguito, non v'è nemmeno azione di nullità. Nessuno de' due può esser ammesso ad allegare la propria turpitudine. D'altronde *sunt in pari causa, et tunc melior est conditio possidentis.* Ma se la turpitudine sta da una parte sola, per es. se un depositario ha voluto esigere una cosa o una promessa dal deponente per rendergli il deposito, v'ha azione durante dieci anni (nota 402) i quali cominceranno dal giorno del contratto; ma l'eccezione è perpetua.

Certamente il principio che l'eccezione è perpetua benchè l'azione sia temporanea, sembra fondato sulla sana ragione. Esso ha in suo favore le disposizioni delle leggi romane, e nulla trovasi nel codice che gli sia contrario. Non gli son mancati ciò non ostante alcuni oppositori i quali han preteso che il §. 6 della l. 5 ff. *de doli mali et metus exceptione* era applicabile soltanto al caso di dolo e non alle altre cause di restituzione, quantunque certamente il motivo di questa disposizione sia generale ed applicabile a tutti i casi. *L'attore*, ivi è detto, *può usare il suo dritto*, vale a dire, *esercitare la sua azione quando vuole; si è dunque potuto stabilirgli un termine. Ma l'eccezione non potendo essere opposta che dal convenuto, e non dipendendo da lui il farsi citare quando vuole, essa ha dovuto esser perpetua e durare quanto l'azione.*

Le persone le quali vogliono che, tranne il caso del dolo, la durata dell'eccezione sia la stessa che quella dell'azione, si appoggiano per tal effetto a due leggi romane: la prima è la legge 8. §. 13. ff. *de inoff. testam.*

ove è scritto che se il figlio diseredato è in possesso della eredità, che l'erede istituito revindichi la successione, e che il figlio per esimersi dal restituirla intenti la querela d'inofficiosità, egli debbe agire come sarebbe se non possedesse; *quemadmodum ageret, si non possideret sed peteret.* Ora s'egli non possedesse non avrebbe che cinque anni di tempo per intentare la querela in via di azione. (L. 8, §. 17, e l. 9. *eod.*) Qui egli procede in via di eccezione; dunque non ha egualmente che cinque anni, sia che proceda in via di azione o di eccezione. Ma si può rispondere che le parole, *quemadmodum ageret* ec. non si riferiscono in alcun modo al termine entro il quale l'azione debb'essere intentata, ma alla maniera in cui debb'esserla ed ai casi ne' quali può esserla ec.; interpetrazione la quale si ravvicina ancor più al significato della parola *quemadmodum* ec. la quale si riferisce meno al tempo che alla maniera in cui debb'esser fatta una cosa: e ciò che conferma ancor dippiù questa opinione si è che, ai termini della legge 36 §. 2. cod. *de inoff. testam.*, i cinque anni non correvano che dal giorno in cui l'erede istituito avea accettato la successione; e ciò non poteva aver altro fondamento se non sul riflesso che s'egli non accettava, l'erede legittimo poteva mettersi in possesso dell'eredità senza aver bisogno d'intentar la querela.

La seconda legge sembra avere un'applicazione più diretta; è la l. 9. §. 4. ff. *de jurejurando*, così concepita: *si minor viginti quinque annis detulerit (jusjurandum), et hoc ipso captum se dicat, adversus exceptionem jurisjurandi replicari debebit, ut* POMPONIUS *ait. Ego autem puto hanc replicationem non semper esse dandam; sed plerumque ipsum proetorem debere cognoscere an captus sit; et sic in integrum restituere. Non enim utique, qui minor est statim et circumscriptum se docuit. Proeterea exceptio ista, sive cognitio, statutum tempus post annum vicesimum quintum non debet egredi.*

Da quest'ultima frase conchiudesi che il minore per opporre l'eccezione della minor età ha lo stesso tempo che avrebbe per domandare la restituzione direttamente e per via di azione. Ma io non credo esser questa la conseguenza la quale debba dedursi dalla cennata legge; e per farne meglio comprendere il senso è necessario di proporne il caso.

Una persona pretendeva aver un dritto da esercitare contro un minore. Essa cita il minore che le deferisce il giuramento, e giura che la cosa l' è dovuta; in conseguenza il minore la soddisfa. Divenuto maggiore egli ripete ciò che ha pagato per mezzo dell' azione detta *condictio indebiti.* Gli si oppone l' eccezione del giuramento. Egli risponde d' essere stato leso nel deferirlo. Il giureconsulto decide che il Pretore esaminerà s' egli effettivamente fu leso, ed in caso affermativo, gli accorderà la restituzione in intero. Ma, egli soggiugne, tutto ciò debb' esser fatto nel termine accordato per la restituzione. Or chi non vede che nulla si può da questa legge conchiudere contro del nostro sistema? In effetti qui il minore è attore; e quel che il prova si è che gli si accorda ciò che le leggi romane chiamavano *replicatio*, cioè la risposta dell' attore all' eccezione proposta dal reo convenuto. Ora la ripetizione fatta dal minore di ciò che aveva pagato nella minor età, è una specie di domanda di restituzione contra quel ch' era stato fatto; non è dunque da sorprendersi che il giureconsulto decida ch' essa dovea proporsi nel termine accordato per la restituzione.

(423) *Dell' effetto della sentenza.* Innanzi a qual tribunale l' azione debb' esser portata? Se si tratta di un mobile, non v' è dubbio che sia innanzi al tribunale del domicilio del reo convenuto. Se si tratta di uno stabile, io credo che l' attore ha la scelta di presentar la domanda sia innanzi allo stesso tribunale sia a quello del luogo ove è situato l' oggetto: è allora una specie di azione mista.

(424) *Non fosse mai esistito.* Peraltro quanto al dritto di mutazione, bisogna distinguere: il dritto percepito regolarmente non si restituisce mai, qualunque siano gli eventi ulteriori. (Art. 60 della legge del 21 glaciale anno VII.)

Quanto al dritto di mutazione, a motivo del ritorno della cosa all' antico suo proprietario, non si percepisce che un dritto fisso, allorchè la rescissione è pronunziata con una sentenza (a) e per causa di nullità radicale,

(a) Non crede Toullier, l. c. tom. VII. n. 545, che vi sia bisogno d' una sentenza per non esigersi il dritto graduale nella risoluzione d' un contratto per causa di nullità radicale, e l' art. 68 malamente si cita in sostegno di tal sentimento senza snaturarne la disposizione. Egli conviene che così fu sostenuto da Merlin

vale a dire di una nullità che risale all' origine ed alla sorgente del contratto. (*Ibid.* art. 68 §. 3. n. 7). Se però la rescissione di una vendita è pronunziata per mancanza di pagamento del prezzo, causa che risale all' origine del contratto, poichè la mancanza di pagamento del prezzo si presume sempre una tacita condizione risolutiva nel contratto di vendita, il dritto graduale è dovuto se l' acquirente sia entrato in godimento. Legge del 27 ventoso anno IX, art. 12). Si è temuto che non si prendesse questo giro per nascondere una rivendita; ma riflettete che queste distinzioni hanno luogo soltanto relativamente alla regìa e nell' interesse del fisco: riguardo ai terzi, la rescissione o la risoluzione (a) del contratto *ex causa antiqua et inexistenti contractui*, ha sempre lo stesso effetto che riguardo alle parti; (argomento tratto dagli articoli 1681 † 1527, 2125 † 2011, e 2182 † 2076;), e salvo il dritto risultante dall' art. 1167 † 1120.

(425) *Da una mancanza di formalità*; se tuttavia non si tratta di formalità le quali sieno richieste per la solennità dell' atto. Tali sono le formalità delle donazioni, la di cui mancanza non può essere sanata da alcuna ratifica per parte del donante. (Art. 1339 † 1293.) Di-

---

nelle sue conclusioni nella causa di Michaud, e fu seguito dalla cassazione colla decisione del 5 germinale an. XIII, di cui sopra facemmo menzione; ma dimostrando la falsità del raziocinio di cui si fè uso allora, invita i tribunali a non prender per regola delle loro decisioni un arresto manifestamente contrario ai buoni principii ed alla stessa legge de' 22 frimajo an. VII. (Nel testo del nostro autore trovasi 21 glaciale).

(a) Non bisogna confondere la risoluzione colla rescissione. Queste due espressioni non sono sinonime. La risoluzione è un termine generale che comprende tutte le maniere di risolvere un contratto; la rescissione è particolare a que' che contengono un vizio intrinseco che si è opposto al loro perfezionamento. La risoluzione suppone che il contratto abbia validamente esistito: non si scioglie quel che non è stato legato. La rescissione al contrario suppone non esservi stata che l' apparenza d' un contratto, senza reale esistenza, per i vizii che l' hanno accompagnato. Si rescindono dunque i contratti nulli per una causa intrinseca che rimonta alla loro origine, e si risolvono i contratti intrinsecamente validi nella origine, ma da cause posteriori annientati. La rescissione non può operarsi di pieno dritto, bisognando che ne sia riconosciuta la causa dalle parti interessate o dal giudice: al contrario la risoluzione può operarsi, e sovente avviene di pieno dritto e per disposizione della legge ec. V. Toullier, l. c. n. 551.

versamente, dalla parte de' suoi eredi, dopo la di lui morte. (Art. 1340 + 1294.)

(426) *Poteva essere domandata.* Si vuole che chi ratifica conosca il mezzo di rescissione il quale poteva essere impiegato. *Secus*, quando egli esegue: il semplice fatto dell' esecuzione è bastante. La ragione della differenza si è, che l' esecuzione costa sempre qualche cosa a colui che esegue; egli è obbligato per ciò di diminuire il suo patrimonio: quindi si presume che vi s' indurrà solo con cognizione di causa. Ma una semplice ratifica nulla costa nel momento; si può pensare che egli l'ha fatta con maggior leggerezza.

(427) *Dalla esecuzione volontaria dell' obbligazione.* Quali sono gli atti che portano ratifica? Sono in generale tutti quelli che la parte poteva dispensarsi di fare senza nuocere i suoi interessi o senza rendersi risponsabile. Così un minore ha tolto ad imprestito del danaro; divenuto maggiore ne rimborsa una parte senza protesta nè riserva, e si fa dare a conto una quietanza. Vi è ratifica. Ovvero, egli ha venduto una casa; e nella sua maggior età riceve una parte del prezzo. V' è benanche ratifica. Nulla l' obbligava a pagare una somma in conto nel primo caso, o di riceverne nel secondo. Ma egli ha accettato una successione nella minor età: divenuto maggiore continua la gestione degli affari di questa successione; ciò non porterà la ratifica; poichè s' egli non l' avesse fatto, avrebbe potuto, anche dopo che fosse stato restituito contro l' accettazione, essere risponsabile verso coloro i quali avevano dritto a raccogliere l' eredità mancando lui. (L. 3. §. 2 ff. *de minoribus.*) Sarebbe altrimenti ov' egli avesse disposto nella maggior età de' beni della successione: nulla obbligavalo a vendere. Se per altro si trattasse di oggetti di una difficile o dispendiosa conservazione, e che si fosse egli fatto autorizzare a venderli, ciò non porterebbe ratifica. (Argomento tratto dall' articolo 796 + 713.)

Nondimeno un arresto di Lione del 5 aprile 1813 sembra aver deciso il contrario; ed il ricorso contro del medesimo fu rigettato il 27 ottobre 1814 (Sirey, 1815, 1.a parte, pag. 293): ma vi erano in quel caso due motivi particolari i quali hanno potuto determinare i giudici. Primieramente si trattava di una divisione impugnata per causa di lesione; ed è ben certo che l' azione può in questo caso intentarsi anche da quelli che han ricev-

vuto la loro parte. In secondo luogo si trattava altresì di un dritto di riserva o di legittima; e si ha per fermo che qualunque rinuncia a questo dritto debb' essere espressa.

Avvertite che la ratifica tacita può giovare anche a coloro che non intervennero come parti nell' atto da cui la ratifica risulta. Così la legge 10 ff. *de rebus eorum ec.* decide che se lo stabile di un minore è stato venduto senza le formalità richieste, e che nel conto resogli dal tutore nella sua maggior età il prezzo ne sia stato portato in introito, l' approvazione pura e semplice di questo conto rende lui inammessibile a rivendicare il fondo contro l' acquirente, quantunque non sia costui intervenuto nel conto.

Puossi ratificare espressamente o tacitamente un' obbligazione senza causa? Credo che bisogna distinguere: se la ratifica tacita risulta dall' esecuzione data con cognizione di causa, essa è valida, poichè colui che esegue in questo caso *donasse praesumitur.* (L. 1. §. 1. e L. 50 ff. *de condict. indeb.*) Ma se è una ratifica ordinaria, anche fatta scientemente, dico esser nulla, come fatta egualmente senza causa, a meno che non enunzii l' intenzione di donare dalla parte di colui che ha ratificato, e che non sia stata stipulata nelle forme richieste per le disposizioni a titolo gratuito. (V. a questo soggetto in Sirey, 1812, 1.a parte, pag. 233, due arresti, l' uno della corte di Parigi del 3 agosto 1811, e l' altro della corte di cassazione del 9 giugno 1812, ma che furono emessi in circostanze particolari.)

(428) *La nullità è stabilita. Quid* riguardo agli atti fatti da una moglie non autorizzata? Io credo che bisogna distinguere: se l' atto venne ratificato dal marito durante il matrimonio, il vizio è interamente sanato, e l' atto non può più esser impugnato da chicchessia; ma se la ratifica non fu data che dagli eredi del marito o dal marito istesso dopo lo scioglimento del matrimonio, è manifesto che come non potevan essi impugnar l' atto che sotto il rapporto del pregiudizio che per essi ne risultava, così non possono ratificarlo che nel loro interesse, nè pregiudicare al dritto che la moglie o i di lei eredi hanno acquistato di farlo annullare, (V. la nota 407.) (a)

(a) Vedete pure questa quistione discussa in Toullier, l. c. n. 566 e seguenti, e l' esame che vi fa dell' opinione di Merlin nelle sue quistioni di dritto V. *Hypothèque* §. 4 alla quale si oppone.

Quanto alla ratifica della moglie, è chiaro che quella ch' essa potrebbe dare durante il matrimonio senza essere autorizzata, non produrrebbe alcun effetto. Quanto a quella che fosse data sia da di lei eredi, sia da lei stessa dopo lo scioglimento del matrimonio, non avrebbe effetto che riguardo e negl' interessi di quelli che avessero ratificato, e non potrebbe pregiudicare al dritto del marito o de' suoi eredi.

(429) *Dopo la morte di quest' ultimo.* Abbiamo già fatto osservare che in generale e salvo alcuni casi espressamente determinati dalla legge, i consensi dati dagli eredi durante la vita del loro autore alle convenzioni fatte da costui, si presumevano sempre strappati dal timore, *ne pejus faciat*, e per conseguenza erano riguardati come nulli; d' altronde sono essi in qualche modo patti intorno ad una successione futura.

(430) *Ai dritti de' terzi.* Quest' ultima disposizione ha dato luogo alla quistione seguente.

Un minore non autorizzato toglie del danaro ad imprestito, e per sicurezza del medesimo ipoteca una casa che gli appartiene. Il creditore prende l' iscrizione. Divenuto maggiore il debitore ipoteca la stessa casa ad un secondo creditore che prende egualmente iscrizione; esso ratifica quindi l' imprestito che ha fatto e l' ipoteca alla quale ha consentito nella minor età. Qual sarà il creditore preferito? Sembrerebbe a prima vista che dovrebb' essere il secondo, poichè par che risulti dall' articolo 1338 † 1292 che la ratifica fatta dopo la maggior età non ha potuto pregiudicargli, e ciò sembra essere stato così giudicato dalla corte di Nancy il 1. maggio 1812. (Sirey, 1813, 2.a parte, pag. 50.) Nondimeno è d'uopo osservare, 1. che l' art. 1338 suppone che l' atto ratificato poteva esser impugnato, poichè dice che la ratifica produce la rinunzia ai mezzi ed alle eccezioni che potevano opporsi contro tale atto: suppone esso dunque l' esistenza de' mezzi per farlo annullare, mezzi i quali sono stati distrutti dalla ratifica. 2. Che la ratifica non è il solo mezzo onde impedire la rescissione di un atto stipulato con un minore; mentre, come l' abbiamo veduto, se il creditore può provare che l' atto è stato vantaggioso al minore, potrà agire pel suo adempimento, quantunque il minore non abbia ratificato. Dietro ciò, io distinguerei con Basnagio, *trattato delle ipoteche*, capo III.

se l' atto fosse rescindibile, la ratifica non potrà pregiudicare al dritto de' terzi interessati a farlo rescindere, e che potranno per conseguenza proporre contro quest'atto tutti i mezzi e le eccezioni che il minore avrebbe potuto proporre egli stesso se non avesse ratificato (a); ma se l' atto non era rescindibile nell' interesse del minore, non lo è neppure in quello de' terzi, neanche de' suoi creditori. La ratifica non ha avuto altro effetto che di assolvere colui il quale ha contrattato col minore dall' obbligo di provare che l' atto è stato a questi vantaggioso. Egli sarà sempre obbligato a far questa pruova riguardo ai terzi; ma se perviene a farla, ne risulterà che il minore anche prima d' aver ratificato non avrebbe potuto domandare la nullità dell' atto, e che per conseguenza i terzi qualunque sieno non possono domandarla di vantaggio. Così fu giudicato dal parlamento di Parigi con arresto inserito nel giornale *du Palais* in data de' 23 luglio 1667. Fu anche deciso nella stessa corte il 20 agosto 1689, che se di due contratti stipulati nella sua minor età e produceuti entrambi ipoteca, il minore ha ratificato espressamente il secondo subito dopo che divenne maggiore, ed ha lasciato solamente scorrere i dieci anni accordati dalla legge per impugnare il primo, questo debb' essere preferito. (Basnagio, *delle ipoteche*, parte 1.ª, cap. III.)

Quindi queste parole dell' art. 1338 *senza pregiudizio però del dritto de' terzi*, debbono essere intese nel senso che la ratifica fatta dall' incapace divenuto capace produce la rinunzia, per parte di colui che ratifica, ai mezzi ed alle eccezioni ch' egli avrebbe potuto opporre con-

(a) Si oppone Toullier, l. c. n. 565 e seguenti, alla dottrina di Basnagio e per conseguenza a quella del nostro autore, sostenendo che i creditori non possono generalmente esercitare malgrado il loro debitore ed in di lui nome un' azione rescissoria qualunque. Gli autori, dic'egli, che così liberalmente l' accordano non han considerato che l' interesse de' creditori posteriori, ma la legge dee tener presente l' interesse di tutti. Ella dee considerare quanto importi alla società di non moltiplicar le liti, armando i creditori posteriori contro gli anteriori, nell' atto che il debitore comune che sa quanto sia legittimo il suo primo debito sen tace per obbedire alla sua coscienza. Conviene però che se fosse provato di essere stata fatta la ratifica per frodare i creditori posteriori, potrebbero allora costoro esercitar senza dubbio l' azione rivocatoria.

tra quell' atto ; ma non toglie ai terzi interessati il dritto di proporre contra l'atto ratificato tutti i mezzi di rescissione di cui era suscettivo. Dunque nel caso proposto il primo creditore sarà tenuto , non ostante qualunque ratifica , a provare che il mutuo è stato vantaggioso al minore , ch' egli n'ha profittato , ec. Ma s' egli fa questa prova , sarà senza ostacolo preferito al secondo creditore. D' altronde un esempio farà sentire quanto la contraria dottrina sarebbe iniqua. Supponiamo che col danaro provegnente dal mutuo di cui si tratta il minore avesse comprata una casa la quale fa parte ancora de' suoi beni allorchè sorge la quistione di preferenza: non sarebbe forse massimamente ingiusto che i creditori, la di cui sicurezza trovasi aumentata del valore di questa casa , avessero il dritto d' impugnare l' ipoteca di colui senza i danari del quale questa casa medesima non si troverebbe fra i beni del loro debitore ?

Quid, nel seguente caso ? Una donna maritata ha contratto due obbligazioni ipotecarie : la prima senza , la seconda con autorizzazione ; il marito ratifica quindi la prima ; quale sarà preferita ? Parmi che si debba distinguere : se la prima obbligazione era tale che se ne possa pretendere l' adempimento anche indipendentemente dall' autorizzazione ; come se i conjugi sono in comunione de' beni , e costa che l' obbligazione è stata giovevole alla comunione , io credo ch' essa debb' essere preferita. Non già nel caso contrario. E ciò sempre dietro lo stesso principio. La prima obbligazione nel primo caso non aveva mestieri della ratifica per esser valida : non così nel secondo (a).

Noi discuteremo nel titolo *delle ipoteche* l' obiezione che si potrebbe dedurre contra queste decisioni da ciò ch' è disposto negli articoli 2124 † 2010 e 2126 † 2012.

Quid nel caso che segue ? Una persona che non è mio mandatario ma che ha voluto obbligarsi per me, ipoteca una casa che mi appartiene : il creditore prende l'iscrizione. Io ipoteco la stessa casa ad un secondo credi-

(a) Riflettete che la nullità per mancanza di autorizzazione non potendo essere opposta giusta l' art. 223 † 222 che dal marito , dalla moglie , o dai loro eredi , e non dai terzi , ne risulta che a loro riguardo l' obbligazione nulla può essere *ratificata* o *confermata* , e la nullità coverta , come l' avverte Toullier, l. c. n. 571 , dove ritratta l' errore avanzato nel tom. II n, 648.

tore che s' inscrive appresso; quindi ratifico il primo atto: qual sarà il creditor preferito? Basnagio, al luogo citato, e Pothier, *dell' ipoteca*, cap. I., decidono giustamente che debba essere il secondo. La differenza di questo caso con quello del minore si è, che il contratto del minore non era nullo, ma solo suscettivo di rescissione se quegli provava la lesione: dunque se non v' era lesione, l' atto non poteva rescindersi; dunque era valido. Qui però l' atto costitutivo dell' ipoteca oltre all' esser suscettivo di rescissione prima della ratifica, era anche nullo. Il secondo creditore avea dunque indubitatamente la preferenza. Il debitore ha egli potuto con un atto, che stava interamente in arbitrio suo di fare o non fare, privarlo di un dritto che quegli aveva acquistato? No, senza dubbio. Dunque ec. Nè osta la massima. *Ratihabitio mandato acquiparatur.* Ciò non è vero che riguardo alle parti ed a colui che ha ratificato, ma non in pregiudizio del terzo. La ratifica equivale al mandato nel senso che chi ratifica non ha bisogno di stipulare un secondo atto simile al primo. Quindi nel nostro caso colui pel quale l'altro si è obbligato, non sarà tenuto a passare al creditore un atto costitutivo d' ipoteca. Ma essa non equivale al mandato nel senso che possa col danno del terzo far retrogradare l' effetto dell' atto ratificato insino al giorno che fu stipulato. Ciò è così vero che se l' atto doveva esser fatto entro i fatali, e che la ratifica non abbia avuto luogo se non dopo quel termine, l' atto quantunque stipulato prima che quel termine fosse chiuso, sarebbe nullo. Lo decide formalmente la l. 24, ff. *ratam rem haberi.* Così nel nostro dritto il rifiuto di riconoscere un figlio debb' esser dato in un termine fatale. Se supponiamo che una persona obbligandosi pel marito ha fatto in quel termine un atto estragiudiziale contenente il rifiuto, quest' atto sarà certamente nullo, ed il marito decaduto dalla facoltà di non riconoscere, se non ha ratificato prima che siano spirati i fatali. Dunque ec.

Dietro questi principii appunto il parlamento di Parigi con arresto del 28 febbrajo 1726 riportato da Poullain du Parc, *Principii del dritto francese*, lib. III, cap. 18 §. 13, ha giudicato che un fratello il quale aveva stipulato nel contratto matrimoniale della sorella una donazione di beni presenti e futuri in nome e come ga-

rante di un' altra sorella di cui non aveva procura, questa donazione, quantunque dopo ratificata dalla donatrice, ma dopo il matrimonio, era inutile; ed il motivo della decisione fu che la donazione fatta da un terzo senza procura della donatrice essendo nulla, altro titolo di donazione non v'era che l'atto di ratifica; e siccome quest' atto era posteriore al matrimonio, vale a dire all' epoca in cui la donazione doveva esser fatta per esser valida, ne risultava ch' era egualmente nullo, e che non aveva per conseguenza potuto produrre alcun effetto.

(431) *Nel luogo.* Vedete riguardo alla giurisdizione de' notari la legge del 25 ventoso anno II (*Bollet.* n. 2440), art. 5 e 6; ed un *parere del consiglio di stato* approvato il 7 fruttidoro anno 12. (*Bollett.* n. 197.) (a)

(432) *Fu l' atto stipulato.* (b) Il processo verbale di conciliazione steso innanzi al giudice di pace debb' egli riguardarsi come un atto autentico? Ciò non può formar dubbio. Il giudice di pace è un pubblico uffiziale che ha dritto di attribuire nella sua giurisdizione la pubblica fede ad un atto; ed allorchè un atto di sua competenza fu steso innanzi a lui con le richieste solennità, esso al certo riunisce tutti i caratteri necessarii a dare l'autenticità. D' altronde l'art. 200 † 294 del codice di procedura n. 1. mette ad un livello le firme apposte negli atti avanti notajo e quelle apposte negli atti stesi innanzi ai giudici ed ai loro cancellieri.

Si oppone a questa decisione l'art. 54 † T. dello stesso codice ove è stabilito che le convenzioni delle parti inscrite nel processo verbale di conciliazione hanno forza di obbligazione privata soltanto. Ma bisogna avvertire

---

(a) È da questa nota che il nostro autore comincia il suo comento sulla pruova dell' esistenza e dell' estinzione delle obbligazioni di cui si occupa il cap. IV. di questo titolo nel testo. Il Toullier vi ha impiegati tre grossi volumi su questa materia, e noi faremo un' estratto di ciò che crederemo più necessario per le controversie del foro su questa importante materia: Esso formerà la 3. appendice al presente corso nel X. vol.

(b) La propria significazione della voce *atto* è quella *id quod factum est*, ma per metonimia si applica a significar quel che i latini chiamavano *instrumentum*, lo scritto destinato a conservar la memoria de' fatti o della convenzione che vi son consegnati. Ma l' equivoco che fa nascere questo doppio significato produce degl' inconvenienti. Se ne vegga un esempio rapportato da Toullier nella nota al num. 48 tom. VIII.

che questa disposizione determina la natura dell' obbligazione che risulta dal processo verbale, e non già la natura del titolo, vale a dire del processo verbale medesimo. Del rimanente essa è fondata sulla considerazione che non si è voluto spogliare i notari del dritto esclusivo di ricevere taluni atti i quali non han valore che quando vengono stipulati innanzi ad essi, come sono le donazioni, i contratti nuziali, le costituzioni d' ipoteca. Or questi atti non potrebbero farsi nel processo verbale di conciliazione: questo processo verbale non potrebbe rendersi esecutivo. Ma questo è tutto: l' atto non è perciò meno autentico, nè fa minor fede fino all' iscrizione in falso.

Osservate che gli atti de' notari debbono essere legalizzati, cioè: quelli de' notari autorizzati a stipulare nella giurisdizione delle corti reali allorchè si vuole farne uso fuori della medesima; e quelli degli altri notari quando si vuole farne uso fuori del dipartimento.

La legalizzazione è un certificato rilasciato dall' autorità competente onde costi che l' uffiziale che ha ricevuto l' atto di cui si tratta è rivestito d' una funzione che gli dà il dritto di riceverlo.

La legalizzazione degli atti notariali debb' essere fatta dal presidente del tribunale di prima istanza della residenza del notajo o del luogo in cui vien rilasciato l' atto o la spedizione. (L. citata del 25 ventoso anno II, art. 28.)

(433) *Incapace*; cioè se sia interdetto o sospeso. Osservate che il 25 novembre 1813 la cassazione giudicò (Sirey, 1814, 1. parte, pag. 76), che l' incapacità ha luogo in questo caso sol dal momento in cui la sentenza d' interdizione o sospensione è stata notificata all' uffiziale interdetto o sospeso.

(434) *O incompetente*. Il notajo è incompetente quando stipula fuori della giurisdizione che gli è attribuita (a).

(435) *Non sono state osservate*. V. a questo soggetto gli articoli 8 e seguenti della stessa legge.

(436) *Sottoscritto dalle parti*. Per conseguenza non sarà utile che per gli atti i quali possono esser fatti con

(a) Vedete la nostra legge sul notariato del 23 novembre 1819, e quel che ne abbiamo riassunto nelle nostre osservazioni su l' antecedente titolo, vol. V pag. 89 e seg.

privata scrittura. Se trattasi di un atto di donazione o d'ipoteca, o di un contratto di matrimonio, sarà interamente nullo, poichè questa specie di atti non posson farsi con iscrittura privata.

Quid, se trattisi di una convenzione la quale esiga un doppio originale (art. 1325 † 1279)? Il doppio originale non si esige che per dare a ciascuna parte il mezzo di far eseguire la convenzione, come or ora il vedremo nella nota 463. Qui l'atto quantunque irregolare è stato però messo nel numero delle matrici del notajo, e per conseguenza posto in pubblico deposito ove era a disposizione di tutte le parti. Esso deè dunque valere, benchè non fatto in doppio originale. Così fu deciso nella discussione; così dalla corte di Torino il 7 febbrajo 1809 (*giorn. della giurisprud. del cod. civ.* t. 14, pag. 60); così da quella di Parigi il 13 aprile 1813 (Sirey, 1814, 2 parte, pag. 255.) *Nota.* Si suppone che l'atto non è in brevetto; poichè in effetti non si stendono mai in questo modo gli atti che contengono convenzioni sinallagmatiche perfette.

Avvertite che la firma di tutte le parti per dare all' atto forza di scrittura privata si richiede solo quando la convenzione in esso contenuta è sinallagmatica perfetta; giacchè se fosse unilaterale o semplicemente sinallagmatica imperfetta, basterebbe che l'atto fosse sottoscritto dalla parte obbligata nel primo caso, e da quella ch'è obbligata principalmente nel secondo. Così almeno io penso che debba intendersi l'articolo 68 della legge sul notariato. Come pensare in effetti che il legislatore abbia avuto intenzione di annullare, per esempio, un atto di deposito rivestito della firma soltanto del depositario, perchè stipulato da un notajo incompetente, mentre sarebbe valido se fatto con privata scrittura (V. la nota 462.)

Nota. Fu deciso in cassazione il 24 gennajo 1814 che la vendita di un fondo fatta innanzi notajo a richiesta del proprietario, debbe sempre riguardarsi come vendita volontaria, quantunque sia stata fatta con accensione di candela, e che per conseguenza nullo è il processo verbale di aggiudicazione se non fu sottoscritto dall'aggiudicatario che sappia scrivere. (Sirey, 1814, 1. parte pag. 157.)

(437) *Interamente nullo. Quid*, se vi sono da una parte molti obbligati solidali e che non abbiano tutti sot-

toscritto ? Fu deciso in cassazione il 27 marzo 1812 (Sirey, 1812, 1. parte, pag. 369), che l' atto era interamente nullo ; ed io credo giusta siffatta decisione. Ed in sulle prime, colui che ha sottoscritto non può esser tenuto solidalmente ; poichè può dire di non aver consentito ad essere in tal guisa obbligato se non perchè sperava aver un regresso contro gli altri obbligati, regresso di cui è privo per la mancanza della loro sottoscrizione. D' altra parte se fosse tenuto solo e per la sua porzione soltanto, il creditore potrebbe dire con ragione non aver egli consentito all' obbligazione se non a causa della solidalità. Non pertanto se nel fatto il creditore si trovasse nel caso di aver interesse ad agire almeno contro di uno de' debitori, come se si trattasse di un mutuo, io avviso che potrà aver azione contro quelli che han sottoscritto ciascuno per la sua parte. (a)

Quid, se l' obbligazione è di pagare una somma di danaro, e che l' atto sia sottoscritto dalle parti, ma che non vi sia il *buono* o *l' approvato* richiesto dall' articolo 1326 + 1280 ? Io credo che l' atto è nullo : esso non ha il carattere che può dispensare dalla formalità indicata.

(438) *Contra l' officiale pubblico*. (Legge del 25 ventoso, art. 68.)

(439) *Impugnato per falso*. V. però il decreto del 17 marzo 1808 riguardante gli Ebrei nella nota 445 seguente.

Ma notate che l' atto autentico non ha questo carattere che riguardo ai fatti che può appartenere all' officio del notajo di attestare, vale a dire a quelli che si pre-

(a) Vedete quel che ne dice Toullier, tom. VIII, ai num. 135 e seg., dove avverte che i debitori che han sottoscritto aveano la facoltà di disobbligarsi notificando al creditore che ritrattavano il loro consenso, riguardando il contratto come non avvenuto, pel motivo che mancando la sottoscrizione di uno di loro, gli altri son privati del regresso senza il quale non si sarebbero obbligati, e che era una condizione del loro obbligo. Il sig. Merlin nelle conclusioni emesse nella decisione rapportata dal nostro autore del 17 marzo 1812 crede che la mancanza della firma di uno di quelli che figurano nell' atto come solidali non l' annulla che nell' interesse del creditore in di cui favore doveva esser contratta l' obbligazione solidale, e non nell' interesse di quei che l' han sottoscritta : ma sembra a Toullier questa dottrina inesatta e contraria ai principii. Del resto ne giudichi il lettore : dall' urto delle opinioni nasce la verità.

sumono aver avuto luogo ed essersi terminati in sua presenza. Tal' è la presenza delle parti, la loro dichiarazione, la numerazione del contante; e non già riguardo ai fatti che esigono *tractum temporis*, e che per essere certificati han bisogno di altra testimonianza che di quella dei sensi. Tal' è il fatto che le parti sono sane di mente. Il notajo può attestare che le parti gli son sembrate tali, ma non già ch' esse tali sieno in effetti. In conseguenza non ostante qualunque enunciazione su questo punto, la pruova in contrario può essere ammessa, senza che sia necessario ricorrere all' inscrizione in falso.

Avvertite altresì che non è necessario inscriversi in falso allorchè si vuol provare solamente la simulazione de' fatti attestati dal notajo; come se nel caso in cui la numerazione delle specie è provata, si pretende che la numerazione è stata fittizia; per esempio che le monete appartenevano a colui al quale venner contate, o che le ha egli posteriormente restituite. In questo caso non s' impugna la fede dovuta all' atto.

(440) *In falso principale*. La querela di falso principale è una procedura criminale che ha luogo contro la persona prevenuta di aver falsificato l' atto, ad effetto di farla punire come falsaria, e quindi far rigettare la carta falsificata. (V. il codice d' istruzione criminale art. 448 a 464.) (a)

(441) *L' esecuzione dell' atto*, solamente. Dappoichè se è cominciato il giudizio civile, i giudici potranno pronunziare se credono che la causa possa essere giudicata indipendentemente dal documento arguito di falso. (Cod. di proced. art. 250 † 345.)

(442) *Coll' introduzion dell' accusa*. La semplice in-

(a) Veggasi quel che le nostre leggi della procedura ne' giudizj penali hanno stabilito nel titolo *del giudizio di falsità* cogli art. 439 a 458, e che paragoneremo a quelli dell' Istruzione francese nel nostro *corso di giurisprudenza penale*. Basta per ora far conoscere la disposizione dell' art. 447 nel caso che un documento prodotto venga attaccato di falso, ed il giudizio sia di falso in privata scrittura: La parte citata a dichiarare se intenda far uso, o no di tal documento e se dichiara di non volersene più servire, il documento vien rigettato dal processo, nè vi è più luogo a procedimento penale; tal dichiarazione non è più rivocabile nè in criminale, nè in giudizio civile, ma non produce effetto che solamente per colui che l' ha fatta, e per coloro che hanno causa da lui.

scrizione in falso non basta, perchè i debitori di mala fede potrebbero profittare di questo mezzo per ritardare l' esecuzione delle obbligazioni che avessero sottoscritte. Ma quando vi è introduzione di accusa, il falso diviene probabile, ed è giusto sospendere l' esecuzione.

(443) *Di falso incidente*, civile. L' inscrizione in falso incidente nel giudizio civile è quella che ha luogo incidentalmente in un affare civile, onde far giudicare falso un documento del quale la parte avversa, a ciò debitamente interpellata, ha dichiarato volersi avvalere. Questa querela ha luogo innanzi ai tribunali civili, atteso che ha per oggetto di far il processo al documento e non alla persona. In conseguenza siccome non v'ha introduzion dell' accusa, non si è potuto determinare precisamente il punto in cui l' esecuzione dell' atto sarebbe sospesa. (Circa la procedura da seguirsi intorno al falso incidente in giudizio civile, si vegga il codice di procedura dall' art. 214 † 309 al 251 † 346.)

(444) *In una contro-scrittura*. La contro-scrittura è un atto destinato a rimaner secreto, col quale si deroga ad un altro atto pubblico ed ostensibile.

(445) *Riguardo alle terze persone*. Ma essa produce tutto il suo effetto fra le parti che l' hanno sottoscritta: derogazione all' art. 40 della legge del 22 glaciale anno 7, che dichiarava interamente nulla qualunque contro-scrittura che derogasse ad un atto pubblico, o anche privato, purchè precedentemente registrato.

Nota. Il decreto del 17 marzo 1808, *bollett*. n. 3210, stabilisce, (Art. 4 e 13) che il pagamento di una lettera di cambio, biglietto ad ordine, obbligazione o promessa sottoscritta da un francese non commerciante in favor di un Ebreo, non potrà esser riscosso ammenochè il possessore. non provi che il valore n' è stato interamente e senza frode somministrato. Ma giudicò la cassazione ai 16 febbrajo e 2 agosto 1813, che questa prova poteva risultare dall' atto medesimo se steso avanti notajo e se attestante la numerazione del danaro (*Bollett*. 1813 n. 19 e 85.) Per conseguenza l' atto autentico, anche sottoscritto da un Ebreo e che attesta la numerazione, fa fede di questa fino alla querela di falso. Del resto la disposizione di questo decreto non è stata applicata agli Ebrei stabiliti in Bordò e nei dipartimenti della Gironda e delle Lande (art. 19 dello stesso decreto), nè a quel-

li della capitale (decisione del 26 aprile 1808 e decreto *del* 26 decembre 1813, *bollett.* 1813, n. 10004), nè a quelli del dipartimento de' bassi Pirenei (decreto del 22 luglio 1808, *bollett.* n. 3779), dei dipartimenti dell'Aude, del Doubs, della Garonna superiore, dell' Herault, di Senna ed Oise, dei Vosgi, del Gard, e delle Bocche del Rodano. (decreto degli 11 aprile 1810, *bollett.* n. 5337.) (V. la nota 92 al tit. *de' privilegj ed ipoteche*, 25 al tit. *del Prestito* e 1 al titolo *del Pegno.*

Osservate che questa disposizione non è personale al debitore, ma che può essere invocata dagli altri creditori in virtù dell' art. 1166 ✝ 1119. Così fu giudicato in Colmar il 22 aprile 1813. (Sirey, 1815, 2. parte, pag. 125.)

Nota. Alcuni han preteso che tutti questi decreti relativi agli ebrei sono abrogati dall' art. 1 dello statuto costituzionale, il quale dichiara che tutti i francesi indistintamente sono eguali innanzi alla legge.

(446) *Colla disposizione.* Si chiama in generale *disposizione* ovvero *parte dispositiva* in un atto l' operazione che le parti hanno avuto principalmente in mira; ed *enunciativa* ciò che potrebbe esser recisa senza nuocere alla disposizione e senza alterare la sostanza dell' atto. Così in un contratto di vendita di una casa, la disposizione è la vendita o la traslazione della proprietà della casa; ma l' origine della proprietà venuta in mano del venditore è una enunciativa.

Si scorge dall' art. 1320 ✝ 1274, che sotto il rapporto della fede dovuta all' atto, il codice distingue due specie di enunciative, secondo che hanno o no un diretto rapporto colla disposizione. Quanto alla maniera di distinguerle, io penso che si può riguardare come quelle che hanno un rapporto diretto e che fanno per conseguenza fede, le enunciative che le parti avessero interesse d' impugnare se fossero state false. Così l' articolo 2263 ✝ 2169 del codice autorizza il creditore di una rendita a farsi somministrare in fine d' ogni ventottesimo anno una nuova scrittura di quella rendita. In una scrittura di questo genere si dice, per esempio, che Pietro si riconosce debitore verso di Paolo di una rendita di 300 franchi, i di cui frutti sono stati pagati fino a quel giorno. Quì la ricognizione della rendita è la disposizione, poichè l' atto non ha altro oggetto. Quanto alla

frase, *i cui frutti sono stati pagati sino a questo giorno.* essa è puramente enunciativa, giacchè si potrebbe sopprimerla senza alterare la sostanza dell'atto. Nondimeno essa farà fede tra le parti, e terrà luogo di quietanza per tutti i frutti scaduti fino al giorno dell' atto. E n' è la ragione che Paolo il quale avea certamente interesse a contraddirla se fosse stata falsa, si presume averne riconosciuta la verità firmando l'atto senza alcuna riserva. Ma supponiamo un' altra ipotesi: voi mi vendete una casa e dichiarate nel contratto che questa casa l'avete avuta colla successione di Giacomo: egli è evidente che questa dichiarazione è pure una semplice enunciativa; e pertanto non farà fede come la precedente. In fatti se un erede di Giacomo vuol revindicare da me quella casa come una parte della successione di Giacomo, ed in prova di questo fatto allega la dichiarazione espressa nel mio contratto di acquisto, questa pruova non sarà sufficiente, poichè io non aveva interesse a negare la dichiarazione fatta su tal proposito dal mio venditore. Non si può dunque riguardare il mio silenzio come un' acquiescenza. Ma se la domanda fosse diretta contro lo stesso venditore, la sua dichiarazione potrebbe riguardarsi come un principio di pruova per iscritto, ovvero come una presunzione la quale avvalorata da altri indizii potrebbe determinare l'opinione del tribunale (a).

(447) *O tacitamente.* Allorchè, per esempio, colui contro al quale si agisce pel pagamento di un biglietto, domanda tempo e dilazione a pagare, si presume che riconosca la genuinità del biglietto.

(448) *Può limitarsi a negarlo.* Egli non ha bisogno d' inscriversi in falso. Osservate che se colui che vien citato a riconoscere una scrittura, non nega la firma, tutte le spese relative alla ricognizione o alla verificazione non escluse quelle di registro, sono a carico dell' attore. (Codice di procedura art. 193 † 287.) Ma fa d' uopo avvertire su questo articolo:

1.° Che bisogna supporre che il precetto per la ricogni-

(a) É ciò lo stesso che dice Pothier ai num. 702 e 703 donde è stato estratto l' articolo 1320. Tutta la forza che possono avere le enunciative tra le parti viene unicamente dal punto di sapere se la parte cui può pregiudicare vi ha dato o si reputa di aver dato il consenso. V. Toullier, l. c. n. 158, e 159.

zione ha avuto luogo prima della scadenza del debito; altrimenti le spese, massimamente quelle del registro, debbono essere a carico del reo;

2. Che supponendo ancora aver il detto precetto avuto luogo prima della scadenza, le spese del registro non debbono addebitarsi al reo se non quando il biglietto sarà soddisfatto alla scadenza; altrimenti sarebbe stato sempre necessario farlo registrare.

Nota. Fu deciso in Pau, addì 8 agosto 1808, che la quietanza sotto firma privata fatta da un cieco non poteva esser opposta ai suoi eredi. (*Giorn. della giurispr. del cod. civ.* t. 17, pag. 375). La decisione di una simil controversia dee dipendere molto dalle circostanze.

(449) *Ad istanza dell' attore medesimo.* (V. gli art. 193 ✝ 287 e 213 ✝ 307 del codice di procedura.) (a)

(450) *Volontaria.* Ma onde l'atto acquisti piena fede in virtù della volontaria ricognizione, fa d'uopo che questa sia pur essa autentica; altrimenti essa potrebbe negarsi come l'atto medesimo, *et sic in infinitum.*

(451) *Alle terze persone.* Vale a dire alle persone diverse dalle parti o da' loro eredi; nondimeno questi potrebbero secondo le circostanze essere considerati come terze persone, *puta*, se l'atto intaccasse la loro riserva legale. (Arresto di Parigi degli 11 maggio 1816, in SIREY, 1817, 2. parte, pag. 10.)

(452) *Una data certa.* Questa disposizione è poggiata sul riflesso che sarebbe facilissimo apporre ad un atto di scrittura privata un' antidata, e pregiudicare così alle terze persone.

(453) *Di apposizioni di suggelli.* Ma si potrebbe dire, non è di uso il riportare la sostanza degli atti ne' processi verbali di apposizione di sigilli. Ciò è vero; ma alla fine ciò non è impossibile: e d'altronde quand'anche non se ne fosse parlato, se l'inventario riporta la sostanza

---

(a) L'art. 213 del cod. di proc. è stato modificato col corrispondente nostro art. 307 in ciò, che nel francese colui che ha impugnato il documento da lui scritto o firmato vien condannato ad una multa di 150 lire, alla rifazione di spese danni ed interessi, e può esser condannato all'arresto personale sull'oggetto della cosa, e nel nostro articolo la multa è di ducati quaranta, nè vi è data la facoltà per l'arresto personale. Avvertite però che questa facolta è data al giudice in questo caso per l'art. 1935 n. 5. delle *Leggi civili.*

dell' atto e dichiara nel tempo stesso che fu trovato sotto i sigilli, esso dee aver data certa dal giorno dell' apposizione.

(454) *Atti di deposito od altri.* Allorchè non s'incontra nessuna di queste circostanze, l' atto di privata scrittura si presume aver la data dal giorno in cui viene ripresentato.

(455) *Di non sapere o non potere sottoscrivere.* (L. del 25 ventoso anno 11, art. 14.)

(456) *Generalmente.* Vedremo in effetti nel paragrafo seguente esservi de' casi in cui scritti non firmati possono far fede.

(457) *Di pagare.* A qualunque titolo si sia: quindi fu giudicato della cassazione il 12 gennajo 1814. (Sirey, 1814, 1. parte, pag. 33), che la disposizione dell' articolo 1326 † 1280 era applicabile al deposito di una somma di danaro. Ma fu deciso in Parigi il 12 maggio 1816 (*ibid.* 1816, 2. parte, pag. 48), ch' essa non si applicava ad una cauzione: eppure è anche questa una promessa di pagare.

(458) *La somma* o *la quantità della cosa.* Quindi la semplice approvazione della scrittura non basta, vi bisogna un *buono* ovvero *approvato*, come l'esige l' art. 1326 † 1280; altrimenti l' atto è nullo. Si è voluto prevenire le sorprese le quali potrebbero esser fatte a talune persone che troppo facilmente fossero use a firmare una carta senza leggerla. Ma badate che l'atto soltanto è nullo; non già la convenzione ivi contenuta. Essa potrà dunque esser provata in qualunque altra maniera legale. Anzi fu deciso in Torino il 20 aprile 1808 che il biglietto firmato ma non approvato formava un principio di prova per iscritto sufficiente a far ammettere la pruova testimoniale. (*Gior. della giurispr. del cod. civ.* t. 13, pag. 44.) Il contrario fu giudicato in Bruxelles il 13 agosto 1811. (Sirey, 1812, 2. parte, pag. 277.) Forse in simil caso la decisione dee dipendere dalle circostanze della causa; ma come punto di dritto la decisione di Bruxelles parmi dover esser preferita. La disposizione dell' articolo 1326 è fondata sulla presunzione che la firma sia la risultanza dell' errore o della sorpresa; e quindi è impossibile scorgervi ciò che la legge richiede per costituire il principio di pruova per iscritto. (V. a tal proposito un arresto

della cassazione del 3 novembre 1812 in Sirey, 1813, 1. parte, pag. 35.) (a)

Quid, se il biglietto è sottoscritto da molti e scritto per mano di un solo? Esso è valido per parte di quest' ultimo, e nullo per gli altri se non vi hanno espresso un *buono* o un *approvato*. Così fu deciso in Bruxelles il 23 luglio 1811 (*Giorn. della giurispr. del cod. civ.*, t. 17, pag. 383); ed in Parigi il 16 maggio 1812. (Sirey, 1812, 2. parte, pag. 318.)

Quid, se sono solidali? L' atto non è valido che riguardo a quelli i quali hanno apposto un *buono* o un *approvato*, e ciascuno per la sua parte, senza che il creditore possa invocare la solidalità: altrimenti quelli che avessero apposto il *buono* si troverebbero lesi, poichè sarebbero obbligati a pagare la totalità, senza poter esercitare regresso contro degli altri. E d' altronde il creditore ha da imputare a se stesso di non aver esatto il *buono* o *approvato* da tutti i sottoscrittori dell' atto (V. la nota 437.)

Nota. La cassazione, negli 8 agosto 1815 (*bollett.*

(a) Questa qnistione è profondamente esaminata e discussa da Toullier l. c. tom. VIII. Egli dice che il codice addolcendo il rigore della viziosa dichiarazione del 1733 non ha pronunciata la nullità del biglietto per mancanza di approvazione della somma, ma soltanto ha voluto che tal mancanza rendesse il biglietto insofficiente per stabilire da se solo il fatto dell' obbligazione senza altri amminicoli presunzioni o pruove accessorie (num. 279, 280 e 281); che questa insufficienza è la sanzione dell' art. 1326 (num. 282); il quale forma un' eccezione all' art. 1322 in ciò che la sottoscrizione anche riconosciuta di un biglietto non ha la stessa fede di un atto autentico (num. 283). Quindi se si condannasse sul *solo* fondamento d' un biglietto in cui la somma non è approvata si agirebbe contra la legge e si sarebbe per ciò soggetto a censura; ma non quando si pronunciasse che risulta da tali fatti da tali presunzioni o da tali documenti un cominciamento di pruova che completa quella cominciata dal biglietto (num. 286). Finalmente rapportando le decisioni di Torino e di Bruxelles citate dal nostro autore dimostra che malamente i compilatori degli arresti hanno opposta l' una decisione all' altra; poichè quella di Torino giudicò che il biglietto la di cui firma è riconosciuta, ma non accompagnata dall' approvazione della somma in tutte lettere è un principio di pruova che autorizza a ricevere la pruova per testimoni sull' esistenza dell' obbligazione; e quella di Bruxelles giudicò ch' era inutile di ammetter la pruova sul solo fatto della verità della sottoscrizione d' altronde non negata: non vi è dunque contrarietà tra queste due decisioni (num. 290.)

n. 25) ha cassato un arresto di Parigi il quale aveva giudicato che quando un biglietto è interamente scritto dal marito, la sola firma della moglie bastava a render valido l'atto riguardo a lei.

(459) *A meno che non sia provato il contrario.* Questa prova può farsi per mezzo de' testimonii? Sì, a norma delle circostanze. Essa può d'altronde risultare dall' atto medesimo, come se la causa del debito vi è espressa e che ne risulti evidentemente esser la maggior somma la quale sia dovuta.

Quid, se trattasi di una quietanza? Io credo che il favore della liberazione dee far decidere in senso contrario, e che per conseguenza l'atto dovrà far prova per la somma maggiore.

(460) *Ai mercanti.* Questa parola significa più specialmente quei che vendono a minuto. I mercanti che vendono in grosso chiamansi piuttosto *negozianti*; nondimeno dietro l'uso del commercio, la semplice firma basta riguardo a tutti i commercianti.

Quid, se trattasi di un atto di commercio, ma non sia mercante il soscrittore? L'atto è stato giudicato valido da un arresto della cassazione del 25 gennajo 1814 (*bollett.* n. 9), e nullo da un altro arresto della stessa corte del 6 maggio 1816 (*bollett.* n. 30.) Io credo quest' ultima decisione più consentanea ai principii. Salta agli occhi che la qualità della persona anzichè la natura dell' atto dee determinare la decisione.

(461) *Per la validità dell' atto.* Questa disposizione è fondata sulla celerità colla quale si fanno le operazioni commerciali, sulla buona fede che n' è l' anima, e sul riflesso che v' ha gran numero di tali persone le quali sanno appena scrivere il loro nome, e che sarebbe lo stesso che impedir loro di fare qualunque privata scrittura ove se n' esigesse qualche cosa di più della loro sottoscrizione.

(462) *Convenzione sinallagmatiche perfette.* Quest' ultima parola non si trova nell' art. 1325 † 1279, ma è chiaro che bisogna aggiungervela, e che una procura, un biglietto di deposito, una ricognizione di comodato non han bisogno del doppio originale. (a) Indi segue che

(a) La redazione dell' art. 1325 pecca per esser troppo generale, dice Toullier n. 326, e nel n. 327 trova evidentemente

se il contratto quantunque in principio sinallagmatico perfetto, cessò d'esser tale, come perchè l'una delle parti eseguì la convenzione, il doppio originale non è più necessario. Perciò in una vendita, se l'atto di vendita contiené la ricognizione del venditore d'aver ricevuto il prezzo, basterà un solo originale che sarà depositato in mano del compratore. Qual bisogno in effetti ha il venditore di un documento se nulla ha più da reclamare? Abbiamo è vero una decisione della corte di Parigi del 27 novembre 1811 (Sirey, 1812, 2 parte, pag. 61), il quale sembra aver deciso l'opposto; ma siccome esistevano nella causa circostanze bastanti a far presumere la frode e che i motivi della prima sentenza del tutto fondati su tali circostanze furono ammessi dalla corte reale, quest' arresto non può pregiudicar la quistione. D'altronde l'art. 1325 formalmente decide che chi ha eseguita la convenzione non può domandare la nullità dell'atto. Ora il venditore che riceve il prezzo esegue la convenzione come l'acquirente che lo paga. Quindi son io ben lungi dall'adottar la decisione di Colmar del 6 marzo 1813 (Sirey, 1813, 2. parte, pag. 375.), la quale stabilì che nel caso di cui parliamo, l'atto era nullo anche come quietanza. Bisogna in effetti applicare a siffatta quistione i principii da noi stabiliti nella nota 332 al tit. precedente intorno al caso in cui un solo o medesimo titolo contiene due atti.

(463) *Altrettanti originali ec.* Ciò proviene dal perchè in un contratto sinallagmatico perfetto non debb' esser in arbitrio di una parte il costringer l'altra a mante-

---

necessaria l'aggiunta di *perfette* fattevi dal nostro autore, ma nel num. 533 rileva un' altra imperfezione nella 4. disposizione del detto articolo, dove non parlandosi che della mancanza della menzione che gli originali siano stati fatti in doppio, molti tribunali, e diverse corti ne aveano conchiuso, che l'esecuzione della convenzione covre bene la mancanza della menzione, ma non quella di averla fatta in doppio. Rapporta a quest' oggetto varie decisioni delle corti reali, e quella della cassazione che dichiara generale la disposizione di quest' articolo applicabile nell' uno e nell' altro caso (Sirey, an. 1814, parte 1. pag. 154 e 155). Finalmente nel num. 341 rileva l'oscurità di questa disposizione nelle parole *per la sua parte*, il che spiega e rischiara con esempii, e conclude che diverrebbe più chiaro se si aggiungessero all' ultima disposizione di quest' articolo le parole *o che sia concorso all' esecuzione.*

nere l' obbligazione, mentre che questa non potrebbe costringervi quella, il che avverrebbe se ciascuna parte non avesse in mano un' originale della privata scrittura. Supponiamo in effetti tre socii, ed un solo originale. È certo che quello de' socii fra le mani del quale sarà detta carta rimessa, potrà costringere gli altri due; e che per l'opposto se il depositario dell' atto negasse la società, non avrebbero gli altri alcun mezzo come provargliene l' esistenza.

Il medesimo inconveniente avrebbe luogo se l' unico originale fosse depositato nelle mani di un terzo, poichè dipenderebbe da costui il favorire una delle parti esibendo o sopprimendo l' atto di società. Altrimenti, se fosse depositato presso un notajo e che esistesse un atto fatto con tutte le parti da cui costasse il deposito.

(464) *La menzione del numero degli originali che si sono fatti*. Se questa menzione non si trovasse nell' atto medesimo, il socio di mala fede sopprimerebbe il suo originale e domanderebbe la nullità dell' atto, sotto il pretesto che non si fossero fatti tanti originali quanti sono i socii.

Avvertite che la legge non pronunzia, la nullità della convenzione, ma solamente quella dell' atto; val quanto dire che non potrà farsi uso dell' atto per provarsi la convenzione. Ma se essa può provarsi in qualunque altra maniera ammessa dalla legge, l' esecuzione ne dovrà essere ordinata. Ma in questo caso l' originale ripresentato dovrebbe riguardarsi come un principio di prova per iscritto sufficiente per far ammettere la prova testimoniale? Inclinerei volentieri all' affermativa dietro l' art. 1347 + 1301, e ciò sembra essere stato in tal senso deciso dalla corte di Caen il 1 maggio 1812. (Sirey, 1812, 2. parte, pag. 327.) La corte di Aix sembra aver deciso diversamente col suo arresto del 23 novembre 1813 (Sirey, 1814, 2. parte, pag. 209.) (a)

(a) Il Toullier pensa egualmente e cita le parole del nostro autore nella nota 1, al num. 316 del Tom. 8 della citata sua opera. Questa quistione è risoluta tra noi per espressa determinazione dell' art. 1279, come abbiam fatto riflettere nelle nostre Osservazioni a questo tit. Sez. III, §. 5 pag. 124 e 125. Veggasi inoltre l' esame di questa quistione più estesamente fatto dal Toullier nel tom. IX. ai numeri 83 e seguenti ne' quali combatte l' opinione contraria di Duranton emessa nel suo trattato *de' contratti* ec.

(465) *La convenzione contenuta nell' atto.* Se non solamente non esiste la menzione, ma l' atto non è stato realmente fatto in doppio originale, quegli che lo ha eseguito può domandarne la nullità? Opino che no. L'atto il quale non contiene la menzione, e l'atto non fatto in doppio originale, sono *unum et idem* agli occhi della legge, poichè tutto quello che non è provato si ha in dritto come se non esistesse, e la legge vuole che la prova di esser l' atto stato fatto in doppio originale risulti dall' atto medesimo. D' altronde l' adempimento della convenzione non forma forse contro colui che l' ha compiuta un' eccezione d' inammessibilità che dee allontanarlo dall' impugnarne l' esistenza? Sia dunque che si alleghi non esser l' atto stato esteso in doppio originale, o che la menzione del doppio originale non vi sia inserita, io credo che colui il quale ha eseguita la convenzione non può ritrarne alcun vantaggio. Così fu giudicato in Torino il 12 messidoro anno 13 (Sirey, 1813, 2. parte, pag. 346), ed in cassazione il 15 febbrajo 1814, (*ib.*, 1814, 1. parte, pag. 154.)

Quid, se i due originali esistono, come pur la menzione, ma con qualche differenza? Io son d' avviso che l' atto in questo caso è nullo; se tuttavia le differenze sono essenziali e non possono in alcun modo conciliarsi. Questa è pure l' opinione di Molineo sul §. 14 della leg. 1 ff. *de verbor obbligat.* n. 37. Se no, l' atto sarà valido *in minori obligat.* (Molineo *ib.*)

(466) *Non commercianti.* I libri tenuti giusta gli articoli 8 † 16, 9 † 17, 10 † 18 e 19, e 11 † 18 e 20 del codice di commercio possono essere ammessi dal giudice a far pruova tra commercianti per fatti di commercio, ed anche in favore di quegli che gli ha tenuti. (*Ib.* art. 12 † 24.)

(467) *All' una o all' altra delle parti.* L' art. 1329 † 1283 dice, salvo ciò che si dirà in proposito del giuramento. Ciò significa che il mercatante a cui appartengono i libri ha il dritto di esigere il giuramento del reo convenuto? Ma dietro l' art. 1360 † 1314 non è d' uopo per ciò di alcuna pruova, d' indizio qualunque. Io ho dunque immaginato che quelle parole dovevano essere spiegate colle disposizioni dell' art. 1367 † 1321, il quale permette al giudice di deferire il giuramento all' una o all' altra delle parti, allorchè la domanda o l' eccezio-

ne non è pienamente provata nè interamente sfornita di prova. Se dunque i libri sono in regola e ben tenuti, se il mercatante gode buona riputazione, e se d'altronde la somministrazione è verisimile, io non veggo perchè tutte queste circostanze riunite non darebbero al giudice il dritto di deferire il giuramento, ove lo creda convenevole, al mercatante medesimo. Questa è la sentenza de' più stimati autori, come Molineo, Boiceau, Pothier, ec.

(468) *Provano però contro di lui.* Se dunque un mercatante mi chiede il pagamento di una somministrazione in virtù di un conto liquidato, ed io gli oppongo il pagamento di egual somma di cui si trovi la menzione nel suo registro sotto una data posteriore a quella del conto, io debbo essere assoluto dalla domanda: anzi non è necessario che la menzione sia scritta di sua mano; basta che il registro sia presso di lui. (Argomento tratto dall' art. 1332 † 1286.)

(469) *Senza potere scindere il loro contenuto.* Per esempio: seguendo il caso della nota precedente, se trovasi registrato che il pagamento è stato fatto a conto di altre somministrazioni, diverse da quelle menzionate nel conto, io sarò obbligato a prevalermi della menzione come stà senza potere scinderla, vale a dire che non potrò allegare il registro in mio favore per la parte che enuncia il pagamento, e rigettarlo, perchè dà a questo pagamento una causa diversa da quella che io vorrei assegnargli.

(470) *Di colui che le ha scritte.* Questa disposizione sarebbe forse suscettibile di alcune eccezioni. Così dietro l' art. 1781 † 1627 il padrone è creduto sulla semplice sua assertiva sì per la quantità de' salarii assegnati ai suoi domestici ed operai come per la somma de' pagamenti loro già fatti. Or sembra da ciò, che s'ei fosse morto, i suoi libri dovrebbero egualmente far fede. Badate che in generale quistioni di tal sorta non sorgono che dopo la morte di quelli che hanno scritto le annotazioni ed a riguardo dei loro eredi.

(471) *In due casi*: sieno o no sottoscritti; basta che sieno scritti di suo pugno o per mano di colui dal quale egli è uso di farli tenere.

(472) *La menzione espressa.* Perciò non basterebbe che fosse detto *imprestata la tal somma a tal persona*; è

d' uopo ancora che il debitore abbia soggiunto : *e per servirgli di ricognione* , o altra frase equivalente. Credevasi per lo addietro che la menzione del mutuo bastava quand'era sottoscritta ; che nel caso contrario essa faceva soltanto una semiprova, la quale aveva bisogno di essere corroborata da qualche indizio. Il codice non ha ammesso questa distinzione : in tutti i casi esso esige la menzione addizionale, che ciò dee servire di ricognizione al creditore. Si è creduto che l' annotazione dell' imprestito potrebbe essere stata apposta nell' idea che l' autore aveva di prestar del danaro ch' egli poi non ha prestato realmente. Checchè ne sia , bisogna star bene attenti che se l' art. 1331 † 1285 fa conoscere le condizioni necessarie onde queste annotazioni facciano sole e per se stesse pruova completa , non toglie però ai giudici la facoltà di ricavare da esse , combinandole con altri indizii , la pruova di una obbligazione , e ciò a norma dell' art. 1353 † 1307. Non potrebbesi riguardare un semplice notamento d' imprestito come quello che in certi casi forma un principio di pruova per iscritto sufficiente a far ammettere la pruova testimoniale , ec. ec.

Quid , se l' annotazione è cancellata ? Se ne dee conchiudere o che il prestito non ebbe luogo o che fu rimborsato.

(473) *Nelle mani del creditore* , come un biglietto. Molti pagando delle somme a conto su di un biglietto non esigano altra quietanza che la menzione del pagamento fatto nel biglietto medesimo.

(474) *Sottoscritto nè datato da lui*, e nemmeno scritto da lui. Non si può presumere che un creditore lasci scrivere da un terzo in un biglietto la menzione d' un a conto ch' egli non ha ricevuto. Tal è il parere di Pothier , n. 726. Questo autore pensa pure che la menzione dell' a conto dee far fede ancorchè fosse cancellata. Io credo questa decisione troppo generale, e che i giudici in questo caso dovrebbero regolarsi secondo le circostanze.

(475) *In doppio* , come quelli di cui è quistione nell' articolo 1325 † 1279.

(476) *Il debitore medesimo*. Altrimenti , se il titolo che dovea stare in mano del debitore trovasi presso del creditore , si può presumere che il debitore glie lo abbia rimesso per iscrivervi la quietanza d' un a conto ch' egli doveva dargli , e che il creditore avendo scritto

la quietanza ma non avendo ricevuta la somma, non ha volnto restituire la carta.

(477) *Fanno fede contro di lui.* Se, per esempio, in seguito di un biglietto di 300 franchi, il debitore avesse scritto: più, io riconosco dovere 50 franchi.

(478) *Questo genere di pruova.* Tali sono in Parigi i fornai.

(479) *Dall' uffiziale pubblico competente.* In questo caso l' originale chiamasi *minuta.*

(480) *Di non potere* o *di non sapere scrivere. Quid* se la parte ha dichiarato non sapere scrivere benchè lo sapesse effettivamente? L' atto non sarà meno valido se non *ipso jure*, almeno *per exceptionem*, ovvero *ratione ejus quod interest.* In effetti supponendo l' atto nullo è certo che l' altra parte ha creduto sottoscrivere un atto valido, e che per conseguenza tutte le obbligazioni che vi erano comprese dovevano essere eseguite. Se vi ha nullità, essa proviene dal dolo di colui che ha fatta la falsa dichiarazione, il quale è perciò tenuto ad indennizzar l' altra parte; e l' indennità consiste nel riguardar l' atto come valido e nel serbare quindi tutti i patti che vi sono enunciati. Questa ragione non può applicarsi agli atti ove figura una sola parte, per esempio ai testamenti; perciò abbiam data una risoluzione diversa per questo caso. V. la nota 199 all' antecedente titolo vol. V. pag. 298.

(481) *Generalmente.* Vedremo fra poco che possono cavarsi delle copie da documenti che non sono gli originali.

(482) *Per copia.* Le copie degli atti stesi innanzi ai pubblici uffiziali si chiamano *spedizioni.* La prima spedizione si chiama *grosse*, quando è in forma esecutiva, vale a dire quando è rivestita della formola prescritta. (V. la nota 26 al tit. prelim. vol. I pag. 157).

(483) *Non fa alcuna fede da se medesima.* In conseguenza di questo principio la corte di cassazione giudicò a buon dritto il 2 settembre 1813 che l' alterazione commessa in una copia il di cui originale esisteva, non costituiva il delitto di falso. (Sirey 1813, 1. parte, pagina 427).

(484) *Di prima edizione.* Nei paesi di dritto consuetudinario chiamavasi *grosse* quella stessa che era nominata *prima edizione* nei paesi regolati dal dritto scritto.

Osservate che la prima spedizione si presume sempre

rilasciata per consenso delle parti. Il debitore è sempre riputato consentire acciò sia conseguato al creditore il documento di cui ha bisogno per far eseguire la convenzione. Perciò essa fa sempre piena fede, mentre la seconda copia non ha la stessa forza se non quando è rilasciata d' ordine del giudice o per espresso consenso del debitore. (V. la nota seguente).

(485) *Alla medesima parte.* (L. citata del 25 ventoso anno 11, art. 26). Noi abbiam veduto in effetti che il rilascio della copia autentica di prima spedizione fatta dal creditore al debitore formava una presunzione legale di pagamento. Abbiam veduto egualmente che l' esistenza di detta copia in mano del debitore dovea far presumere essergli stata trasmessa dal creditore. Or tutte queste presunzioni non avrebbero più veruna forza, se fosse permesso a ciascuna delle parti il farsi rilasciare delle copie autentiche di prima spedizione quando lo credesse convenevole. Tal è il principal motivo delle formalità richieste pel rilascio di una seconda spedizione esecutiva.

Osservate che tutte le formalità prescritte per la consegna delle seconde copie suddette degli atti de' notai, debbono essere osservate per quelle delle seconde spedizioni esecutive delle sentenze. (Cod. di proced. art. 854 † 932). (a)

(486) *Alla minuta dell' atto.* La stessa legge del 25 ventoso art. 26.

(487) *Ove questo manchi.* Poichè se l' originale esiste ad esso convien sempre ricorrere, ed esso solo fa fede.

(488) *In presenza delle parti.* Se tuttavia son esse capaci di disporre dell' oggetto di cui si tratta; giacchè altrimenti la loro presenza non sarebbe di alcuna importanza per la fede dovuta alla spedizione. Quindi è che la copia estratta presente l'usufruttuario, non fa fede contro del proprietario; quella ch' è estratta presente il minore non assistito, non fa fede contro di lui medesimo, ec. Il motivo di questa risoluzione si è che, come si è veduto in una precedente nota, il consenso della parte al rilascio di una seconda spedizione esecutiva, distrugge tutte le presunzioni che avrebbero potuto nascere in di lui favore dalla consegna che gli fosse stata precedente..

(a) Vedete la nostra legge sul Notariato de' 23 novembre 1819 e propriamente agli art. 39 e seguenti che dicon lo stesso.

mente fatta della prima copia autentica. Or si comprende che per poter fare un atto il quale abbia un simile risultamento, bisogna esser capace di disporre. D'altronde se il titolo originale venisse a perdersi, quella seconda copia ne farebbe le veci. Ora come mai colui che non avrebbe potuto stipulare la scrittura originale potrebbe dare ad una copia la forza di tenerne luogo?

Si credeva anticamente in Parigi che colui il quale non teneva che una seconda spedizione esecutiva non aveva ipoteca se non dalla data del rilascio della medesima. Ciò era, dicevasi, per impedire che un creditore pagato non s'intendesse col suo debitore ad oggetto di far rivivere la sua ipoteca in pregiudizio de' creditori successivi. Ma è chiaro che in questo sistema v'era contraddizione; giacchè se la presunzione del pagamento impediva il collocarsi il creditore nel suo grado, la stessa presunzione doveva impedire ch'egli non fosse in alcun modo collocato. Quindi sembra che il parlamento di Parigi era intorno a ciò rivenuto a più giusti principii, come si può inferirlo da un arresto del 30 agosto 1768 che trovasi nell' antico DENISART, *verbo* GROSSE n. 16.

(489) *E senza il consenso delle parti.* In generale qualunque persona che interviene come parte in un atto ha dritto di farsene rilasciare quante copie o spedizioni ne vuole, senza il consenso di chicchessia. Di queste copie appunto è qui principalmente quistione.

Osservate 1. che qualunque notajo o depositario il quale ricusi di rilasciare spedizione o copia di un atto alle parti interessate in proprio nome, loro eredi o aventi dritto, debb'esservi costretto coll'arresto personale. (Cod. di proced. art. 839 † 922.)

2. Che colui il quale vuole farsi rilasciare la spedizione o l'estratto di un atto nel quale non è intervenuto come parte, dee ricorrere alla procedura stabilita dalla legge per ottenere la spedizione esecutiva. (*Ibid.* art. 846 † T. a 852 † 930.) (a)

(490) *In caso di perdita dell' originale*, ed in mancanza di prime spedizioni esecutive o di copie estratte di

(a) Gli articoli 846, 847, 848, 849, ed 850 del codice di procedura citati dal nostro autore sono stati soppressi nelle nostre leggi di procedura civile. Essi riguardavano la domanda in *compulsorio* che consiste nel farsi autorizzare con ordine del giudice ad osservare e farsi dar copia degli atti di una causa, nella quale non si ha interesse.

consenso delle parti o per ordine de' magistrati ; giacchè queste sono sempre preferite. Quindi ecco in reassunto l' ordine nel quale debbon essere disposte le copie de' titoli le quali possono fare piena fede :

1. Le copie autentiche di prima spedizione fanno la stessa fede dell' originale quando questò non è presentato.

2. In mancanza di dette copie si dica lo stesso di quelle estratte presenti e consententi le parti ; o per ordine de' magistrati, presenti le parti o chiamate nelle debite forme.

3. In mancanza delle due prime, le copie estratte senza autorità del magistrato e senza il consenso delle parti ; esse fanno fede purchè abbiano più di trent' anni, e sieno state rilasciate dal notajo che ha ricevuto l' atto.

(491) *Più di trent' anni*; perchè queste copie non fanno fede che quando portano la data di trenta o più anni indietro? Pothier n. 736 ne dà una ragione molto sottile da lui presa dal Molineo, e che noi qui non ripeteremo perchè ci sembra poterne assegnare una migliore. Eccola :

Io ho contratta verso di voi un' obbligazione di 10000 franchi. Voi vi siete fatto rilasciare secondo l' uso una copia autentica o prima spedizione esecutiva. Indi senza mia saputa ve ne siete fatto rilasciare una semplice spedizione. Io vi pago ed esigo da voi la restituzione della prima copia appiè della quale, vi fo mettere per mezzo di privata scrittura la quietanza del rimborso. Io posso smarrire questo documento. Se la vostra spedizione facesse pruova completa, ne seguirebbe che in capo a qualche anno voi potreste esigere per la seconda volta il pagamento. Ma quando questa spedizione ha trent' anni di data, non si può presumere che il creditore si sia da trent' anni preparato un mezzo di pruova.

(492) *Dai summentovati uffiziali.* Pothier, dietro Molineo, pensava che dopo trent' anni esse dovevano far fede, come quelle di cui si è parlato nella nota precedente.

Fu giudicato in cassazione uniformemente a questa disposizione il 3 giugno 1812, che il cancelliere è solo depositario legale degli atti e processi verbali fatti dal giudice, e che per conseguenza le copie o spedizioni di detti atti da altri rilasciate non potevano servire che co-

me principio di pruova scritturale (Sirey , 1813 , 1. parte pag. 26).

(493) *Le copie delle copie.* Ma se la copia la di cui copia è presentata fosse anch' essa una prima spedizione esecutiva , la sua copia sarebbe riguardata come copia dell' originale. (Cod. di proced. art. 844 † 927).

(494) *Sopra pubblici registri.* Come sono quelli della registrazione , della conservazione delle ipoteche ec. (a)

(495) *Principio di pruova per iscritto*, la quale debb' essere completata colla pruova testimoniale. In effetti i depositarii di questi registri possono attestare ch' è stato loro presentato un atto , ma non possono attestarne la veracità.

(496) *Che sia provato.* Come si farà questa piova ? O per iscritto o per mezzo di testimonii. È questo un fatto di cui era impossibile alla parte procurarsi una pruova scritturale (Art. 1348 † 1302.)

(497) *E specialmente riportato.* Questo è quel che gli autori chiamano ricognizione *ex certa scientia* , poichè si presume fatta con piena cognizione del titolo. (b)

(498) *La sostanza dell' obbligo* : gli autori la chiamano ricognizione *in forma comuni.*

(499) *Per interrompere la prescrizione.* Giusta l' art. 2263 † 2169. dopo ventotto anni dalla data dell' ultimo titolo , il debitore di una rendita può esser costretto a somministrare a sue spese una nuova scrittura al creditore. Allorchè parleremo della prescrizione si vedrà il motivo di questa disposizione.

(500) *Non dispensano il creditore dall' esibirlo.* Questa

(a) Ci sembra, dice Toullier , l. c. tom. IX. n. 72 , che questa sia una inavvertenza manifesta del Delvincourt ; questo valente professore sa meglio di qualunque altro che non si trascrivono gli atti , vale a dire non si ricopiano sui registri della *registratura* , i quali non contengono che una sommaria enunciazione della natura dell' atto affine di verificarne la data. Ed è poi impossibile di estendere l' art. 1336 che si limita alle trascrizioni sui registri della conservazione delle ipoteche. Una decisione che ammettesse il semplice *registro* di un atto per principio di pruova scritta , difficilmente eviterebbe la censura.

(b) I canonisti chiamano conferme *in forma comuni* quelle che non danno alcun dritto nuovo , niun nuovo valore all' atto , e conferme *in forma speciali* o *ex certa scientia* quelle che conferiscono un dritto nuovo , e che rendono l' atto confermato valido se non lo era.

disposizione copiata da Molineo e da Pothier potèva essere utilissima in materie feudali ed allorchè si trattava di concessione di feudo, o di difendere i vassalli dall'influenza e dall' usurpazione de' baroni; ma nelle materie ordinarie, non si comprende come una semplice ricognizione la quale altro non è che una confessione per iscritto, non farebbe piena fede dietro l' articolo 1355 † 1309. Io credo che non vi sia altro mezzo nel dritto attuale onde conciliare le disposizioni dell' art. 1337 † 1291 con i veri principii, che quello di distinguere tra le persone alle quali l' atto riconoscitivo è opposto, e decidere che la ricognizione, in qualunque modo sia redatta, fa fede contro colui dal quale emana, nonchè contro i suoi eredi, essendo realmente una confessione scritta; ma che non fa piena fede riguardo ai terzi se non quando riunisce le condizioni richieste dall' art. 1337. Questa distinzione conferma l' interpretazione da noi data dell' art. 695 † 616 (Vedete la nota 136 al titolo delle servitù prediali vol. III. pag. 390). Così, un creditore ha un ipoteca che risale all' anno 1780. Un secondo creditore ha parimenti sullo stesso fondo un' altra ipoteca che ha la data del 1785. Il fondo ipotecato è venduto. Il primo creditore produce solamente un titolo riconoscitivo. Farà esso fede riguardo al secondo creditore? Sì, ove il tenore del titolo primordiale siavi specificamente riportato. Non già nel caso contrario (a). (V. Rousseaud de la Combe *verbo* reconnaissance, n. 4.)

(501) *Potrebbe.* Ciò è facoltativo; la dispensa non è di dritto.

(502) *Interamente nullo.* Con questa distinzione però che se l' atto di ricognizione contiene qualche cosa di più del titolo primordiale, è nullo pel soprappiù, quand' anche il pagamento o la prestazione si fosse continuata in questo modo per più di trent' anni. Non è già che non si possa acquistare una prestazione senza titolo con un possesso continuo per tutto il tempo necessario alla prescrizione; ma perchè si suppone che sia esistito un titolo e che siasi perduto. Se dunque esso vien esibito, la presunzione cessa, e la prestazione debb' esser adempita come sta nel titolo primordiale. Questo è il caso di dire:

(a) Toullier esamina a lungo le quistioni che fan nascere le diverse disposizioni dell' art. 1337, l. cit. ai numeri 484 e seguenti. Ne faremo menzione nella III. appendice.

melius est non habere titulum quam habere vitiosum. È lo stesso se la prestazione è diversa quanto alla natura della cosa che n' è l' oggetto.

Ma se l' atto di ricognizione senza contenere una prestazione differente, contiene però meno del titolo primordiale, e che la prestazione o il pagamento abbia avuto luogo su questo tenore durante il tempo necessario per la prescrizione, debb'esser continuato anche sullo stesso tenore. La ragione della differenza di questo caso col precedente si è.

1.° Che la liberazione è più favorita;

2.° Che si può presumere esservi stato un rimborso parziale o una convenzione tra le parti, il di cui titolo siasi smarrito;

3.° Finalmente che si può prescrivere contro il proprio titolo nella prescrizione ad oggetto di liberarsi, diversamente nella prescrizione ad effetto di acquistare. (Art. 2240 † 2146 e 2241 † 2147.)

Ma non potrebbe dirsi che nel caso precedente (quello in cui si è pagato per trent' anni al di là di ciò ch' era espresso nel titolo primordiale) il titolo di possesso è stato intervertito dal consenso che ha dato il debitore medesimo alla maggiore prestazione; e ciò per argomento tratto dall' art. 2238 † 2144, secondo il quale la cessazione delle istanze giudiziali per parte del proprietario basta a cambiare il titolo del possesso del fittuale o dell' usufruttuario, ed a far correre in loro favore la prescrizione? Io rispondo, che nel caso dell' art. 2238, si dee supporre che il fittuale ha detto esser egli il proprietario, e che per mezzo di siffatta allegazione ha respinta la domanda del vero proprietario. (V. la nota 67 al tit. seguente.) Dunque se questi ha dopo quel tempo lasciato passare trent' anni senza richiami, si ha da presumere ch' egli ha riconosciuta la legittimità della pretensione del possessore. Ma qui il debitore crede pagare secondo l'antico titolo; a norma dello stesso titolo il creditore crede ricevere; nulla annunzia dalla parte di costui ch'egli abbia la pretensione di acquistare alcuna cosa ch' ei prima non aveva. Non vi è dunque quel possesso civile a titolo di proprietario che dall' art. 2229 † 2135 vien richiesto per la prescrizione. (a)

(a) Toullier nel luogo citato esamina nel §. IV. tutte le quistioni sulle copie de' titoli, o documenti, dove al num. 438 rap-

(503) *Della dichiarazione de' testimonii.* Circa il modo in cui dee procedersi alla pruova testimoniale quando è ammessa, V. il cod. di proced. dall' art. 252 † 347 al 294 † 388.

(504) *Debba estendersi l' atto.* Avvertite che la legge non è qui solamente proibitiva, ma benanche imperativa. Essa non si limita a proibire di ammettersi la pruova testimoniale per somme che eccedano i 150 franchi; mentre allora sarebbe impossibile giustificare le disposizioni degli articoli 1343 † 1297 e 1344 † 1298; ma prescrive inoltre che debba stendersi atto per qualunque cosa eccedente i 150 franchi. In conseguenza ogni volta che risulti dalla domanda non essersi conformato nel principio a questa disposizione, la domanda va rigettata, quand' anche nel fatto ed attualmente non eccedesse i 150 franchi.

(505) *Sopra qualunque cosa.* La legge non dice semplicemente *per qualunque convenzione*, ma *per qualunque cosa*. Quindi per un pagamento di più di 150 franchi non può ammettersi la pruova per testimonio.

(506) *Minore di* 150 *franchi.* Quando non esista atto e la somma non ecceda i 150 franchi, si può credere che le parti hanno considerato l' oggetto come troppo modico per distenderne l' atto; ma quando si sono determinate a stenderlo, deesi presumere ch' esse vi abbiano inserito, per quanto modica sia la somma, tutte le loro convenzioni.

Quindi colui che ha un biglietto di 100 franchi non può essere ammesso a provare che la somma prestata era di 120.

Del pari colui che ha dato un fondo in affitto con atto scritto alla ragione di 400 franchi, non può provare a via di testimonii che gli sono stati inoltre promessi sei paja di pollastri.

---

porta l' arresto della cassazione del 3 giugno 1812 nel quale sono i principii bene sviluppati; nel num. 458 esamina l' opinione di Pigeau su questo punto; e nel num. 467 indica di qual peso sia la trascrizione degli atti sul registro del conservatore delle ipoteche. Nel §. V. poi tratta quelle relative agli atti di ricognizione e di conferma dove è da vedersi la distinzione tra la conferma dell' *atto* e quella dell' *obbligazione* che si desume dal silenzio. Noi farem parola di tutto ciò nella promessa appendice sulla pruova giudiziaria.

Quid, se colui il quale dee con biglietto 150 franchi pretende non doverli? bisogna distinguere: s'egli pretende che non gli furono prestati, si oppone al contenuto dell' atto; la pruova testimoniale non è ammessibile. Se confessando d'essergli stati prestati, sostenga averli restituiti, la pruova potrà essere ammessa. L' allegazione del pagamento viene in appoggio del prestito anzichè far pruova contra il contenuto dell' atto.

Quid, se sono allegati fatti di dolo o di violenza? La pruova testimoniale è sempre ammessibile. Non è d' ordinario possibile al creditore il procurarsi una pruova scritta di simili fatti.

Nota. Si giudica costantemente nella corte di cassazione che anche in materia criminale se il delitto suppone un fatto che dietro la legge civile non è suscettivo di pruova testimoniale, non può ammettersi l' accusa se non quando vi sia una pruova scritta, o almeno un principio di pruova per iscritto di questo fatto. (V. il *bollett. crim.*, 1815, n. 30, e 1817, n. 29.) (a)

Quid, nel caso seguente? Il creditore di una rendita di 100 franchi per un capitale di 2000, domanda il pagamento delle annualità che pretende essergli dovute. Il debitore gli oppone la prescrizione di trenta anni. Il creditore pretende ch' essa sia stata interrotta dal pagamento di un'annata di frutti adempito dieci anni sono. Potrebbe egli provare questo pagamento il quale non è che di una somma di 100 franchi? Affermativamente giudicò la corte di Bruxelles il 10 decembre 1812. (Sirey, 1813, 2 parte, pag. 370.) Io non sono di questo avviso. Tosto che la pruova di questo pagamento produceva quella della non liberazione del debitore, e lo costituiva per conseguenza tenuto al pagamento di una rendita di 100 franchi sul capitale di 2000, oggetto ben superiore a 150 franchi, la pruova testimoniale non doveva essere ammessa.

(a) La massima stabilita da Merlin e seguita dalla corte di cassazione è *che non può esservi luogo all' azione criminale che nel caso in cui l' azione civile permette la pruova testimoniale*; o in altri termini, *dovunque la pruova testimoniale è interdetta l' azione criminale non debb' esser ricevuta* per la riparazione de' danni nascenti da un delitto. *Questions de Droit* V. Suppression de titres pag. 155. Noi svilupperemo questo principio nella promessa appendice III.

(507) *Nell' atto della domanda.* È ben inteso che non sarebbe lo stesso ove si trattasse d' interessi scaduti dopo la domanda, altrimenti sarebbe in potere del debitore, ritardando con cavilli il giudizio, di privare il creditore della facoltà di adoperare la pruova testimoniale.

(508) *Da differenti cause.* I testimoni non meritano maggior fede sulla diversità delle cause, che sui debiti in loro stessi.

(509) *In diversi tempi.* Allorchè fu contratta la prima obbligazione il creditore ha potuto non esigere alcun atto; ma poichè ve n' è stata una seconda che unita alla prima eccedeva 150 franchi, egli ha dovuto esigerne.

(510) *Non saranno ammesse.* Ancorchè si allegasse che sieno state formate dopo la domanda. Si può prestare la prima volta una leggiera somma ad una persona senza biglietto; ma quando questa persona ha negato il prestito, e che si è dovuto provarglielo per mezzo di testimonii, non è da presumersi che se gli presti una seconda volta in parola. Per la stessa ragione io volontieri penserei che le domande posteriori debbono essere provate interamente per iscritto e che per conseguenza non sarebbe il caso di applicare l'eccezione dell' art. 1347 † 1301.

(511) *Di cui fosse suscettibile.* Non si può in questo caso applicare al creditore le ragioni allegate nelle due precedenti note.

(512) *Di una somma minore.* Basta che la legge la quale ordina di stendersi un atto sia stata violata in principio. Il creditore non può prevalersi di questa violazione come di un titolo per domandare d' esser ammesso à far la prova testimoniale.

(513) *Verosimile.* Vedetene gli esempii in POTHIER, n. 767, 768, 770, 771, ec.

(514) *Dai quasi-contratti.* Non pertanto ciò debb'essere ammesso con qualche distinzione e riferendosi a ciò che si dice nel principio dell' art. 1348 † 1302., cioè che l' eccezione non debba aver luogo fuorchè nei casi in cui non è stato possibile al creditore il procurarsi una pruova scritta. Perciò colui che reclamasse una cosa del valore di più di 150 franchi come avendola indebitamente pagata, non potrebb' essere ammesso a provare il pagamento per mezzo di testimonii; egli poteva procurarsi una pruova scritta del pagamento facendosene dar quietanza.

D'altronde bisognerebbe allora egualmente ammettere colui che ha ricevuto, a provare per testimoni che la cosa era dovuta; il che è contro ai principii. Diversamente nella gestione di affari. Non è stato possibile a colui i di cui affari furono amministrati durante la sua assenza il procurarsi una pruova per iscritto.

(515) *I depositi necessarii.* Sono quelli che hanno luogo in caso d'incendio, ruina, tumulto o naufragio, non che quelli degli effetti recati dal viaggiatore nell'albergo ove alloggia. È presso a poco impossibile procurarsi pruove scritte di tal sorta di depositi.

(516) *E le circostanze del fatto*, vale a dire che nemmeno in questo caso la pruova testimoniale si ammetterà altrimenti che con cognizione di causa. Se per esempio è stato rubato ad un individuo il forziere che aveva recato in un albergo, ed egli domanda di provare che vi era dentro una somma di 6000 franchi, i giudici esamineranno se dietro la qualità, le relazioni di questa persona e gli affari che davano occasione al suo viaggio, è possibile che ciò sia vero. (a)

(a) Le nostre leggi penali hanno spiegato quando si commette *la frode* in questi casi nell'art. 430: esso dice che quando dopo essersi ricevuta la cosa altrui in deposito volontario o per altro uso determinato, se ne sia per causa di lucro negata la ricezione o allegato un falso motivo per liberarsi dall'obbligo della restituzione, si commette la frode; ma indicando che il deposito volontario sia definito dalle leggi civili, dispone che *l'accusa di frode contra il depositario infedele non può essere esercitata se non quando le leggi suddette permettono l'esercizio dell'azione civile.* Indicando egualmente che il deposito necessario è definito dalle leggi civili, dispone che si commette la frode quando dopo d'essersi ricevuta la cosa altrui in deposito necessario si sia questa ritenuta o convertita in proprio uso, o altrimenti distrulla o deteriorata ad oggetto di far sulla stessa un lucro qualunque contro la volontà del padrone, benchè se ne confessi la ricezione e l'obbligo della restituzione. Spiega che quanto alla giustizia penale è considerata ancora come deposito necessario e produce gli stessi effetti la consegna di cose che si affidano alle persone de' domestici, degli ospiti, de' locandieri, osti, vetturali, barcajuoli, institori, domestici o altri impiegati nella locanda, osteria, vettura, barca ec., non che dall'allievo compagno operajo professore artista o impiegato qualunque nella casa bottega officina ec. Finalmente dichiara che non sono compresi nelle disposizioni suddette *i biglietti di tenute o simili atti o carte fatte per colorire sotto il nome di deposito un credito civile.*

Avvertiamo i nostri lettori che qui terminano le spiege che

(517) *Ad un fatto ignoto.* Così quando si tratta della legittimità de' figli il fatto cognito è il matrimonio della madre, il fatto incognito è la paternità, e dapoichè la madre è maritata e che non si dee presumere il delitto, se ne conchiude essere il marito il padre del fanciullo.

(518) *Risultante dalla cosa giudicata.* Le sentenze passate in giudicato son quelle, contro le quali non rimane alcun mezzo ordinario di ricorso. I mezzi ordinarii sono l' opposizione e l'appello; gli straordinarii sono l' opposizione di terzo, il ricorso civile, l' annullamento. Quest' ultimi non tolgono alla sentenza, fino a che sussiste, l' autorità della cosa giudicata. Ma qualunque sentenza la quale può essere impugnata in via di opposizione o di appello, non può dirsi passata in giudicato.

L' autorità della cosa giudicata è tale che quand'anche la parte condannata ritrovasse dopo la decisione i più chiari e decisivi titoli in suo favore, non sarebbe meno obbligata ad eseguire il giudizio, purchè non potesse provare che questi titoli erano ritenuti dall' avversario; nel quale caso essa potrebbe impugnare la sentenza per mezzo del ricorso civile.

(519) *Alla medesima causa.* Così, io vi ho domandato 1200 franchi per denaro prestatovi; ho perduto la mia causa: io posso domandarvi la stessa somma come da voi incassata per effetto della gestione de' miei affari. Del pari a buon dritto giudicò la cassazione il 1 maggio 1815, che colui il quale ha negata l' esistenza di un' ipoteca ed ha perduto la lite, può in seguito impugnarne il grado. (Sirey, 1815, 1.a parte, pag. 277.)

(520) *Tra le medesime parti.* Io sono stato citato da Pietro per la rivindica di una casa, e sono stato assoluto dalla domanda: io posso esser citato da Paolo per la

---

dà il nostro autore sulla pruova testimoniale, senza parlare della ripulsa de' testimonii come oggetto più del codice di procedura che del codice civile. Toullier esamina particolarmente questa materia, ed analizza ed esamina l' art. 283 del codice di procedura e tra le altre quistioni che discute è da osservarsi quella se il giudice sia costretto ad ammettere le ripulse generali quando il fatto indicato dalla legge sia vero, e nella quale esamina e confuta l'opinione di Locrè. Noi ne faremo parola nell' estratto promesso nella 3. appendice.

revindica della stessa casa. Dal non esser Pietro proprietario non segue che Paolo neppure il sia.

(521) *Nella medesima qualità.* Ho agito contro Paolo in mio nome per ripeterne la somma di 1200 franchi ed ho perduto : io posso citarlo per la stessa somma e causa per parte di Pietro, di cui son io l'erede.

(522) *Quand'essa annulla certi atti*, come fraudolenti, talchè non si può nemmeno provare ch' essi tali non sieno. Di questo genere sono le donazioni fatte per mezzo di persone che la legge reputa di dritto interposte, (art. 911 † 827), le donazioni fatte da un fallito ne' dieci giorni che precedono il fallimento (cod. di comm. art. 444 † 436), ec.

(523) *O che nega l'azione*: come nel caso di scommesse, di debiti di giuoco, che non producono azione ancorchè il debito fosse provato. (Art. 1965 † 1837) e salva l' eccezione contenuta nell' articolo seguente.

(524) *Pa derivare la proprietà*, come nella prescrizione.

(525) *O la liberazione*. V. l'art. 1282 † 1236.

(526) *Gravi*, *precise e concordanti*. *Gravi*, vale a dire suscettive di fare impressione su di una persona ragionevole. *Precise*, vale a dire che non sieno del numero di quelle presunzioni vaghe da cui si può trarre tutte le induzioni che si vuole; bisogna ch' esse abbiano un diretto rapporto coll' oggetto che si vuol provare. *Concordanti*, vale a dire che le une non distruggano l' effetto delle altre.

(527) *Fatta in giudizio*, vale a dire negli scritti o in seguito di un interrogatorio. La confessione fatta in conciliazione è mai giudiziaria? Sì, perchè fatta innanzi al giudice. Così fu giudicato in Torino il 6 decembre 1808. (*Giorn. della giurisprud. del cod. civ.* tom. 14, pag. 215.) (a)

(528) *O dal suo procuratore speciale.* Osservate che quando la confessione si fa in un atto di procedura, il patrocinatore si presume aver avuto sufficienti facoltà si-

---

(a) Veggasi Toullier, l. c. Tom. IX. ai numeri 119 e seguenti, dove esamina varie quistioni sui processi verbali di conciliazione, e rapporta una decisione della corte di Rennes, ed un arresto della cassazione onde comprovare che anche il rifiuto di rispondere nella giustizia di pace può formare un principio di pruova scritta.

no a che non sia disapprovato ; ma altresì la disapprovazione può esser fondata sulla sola mancanza di facoltà speciale. (Cod. di proced. art. 352 + 444.)

Fu giudicato in cassazione il 16 marzo 1814 (SIREY, 1814, 1.a parte, pag. 296), che la confessione fatta nell' udienza dall' avvocato assistito dal patrocinatore, riputavasi fatta dalla parte fino a che non v' era disapprovazione. (a)

(529) *Capace di stare in giudizio.* Bisogna dippiù che chi fa la confessione abbia la capacità di disporre della cosa di cui si tratta ; ed inoltre che colui in di cui profitto è fatta la confessione sia capace di ricevere da chi l' ha fatta, dietro la massima, *qui non potest donare non potest confiteri.* Altrimenti si eluderebbero le regole relative ai vantaggi indiretti ed alle proibizioni di disporre. Se però indipendentemente dalla confessione esistessero indizii considerevoli tendenti a provare la verità del debito, la confessione potrebbe completare la pruova.

Se la confessione è fatta in un testamento a vantaggio di una persona capace, la disposizione varrà come legato o come ricognizione di un debito? Ciò è importante. Poichè se è un legato, non debb' esser pagato che dopo tutti i creditori ; sarà soggetto alla diminuzione per la legittima ; potrà rivocarsi con un semplice atto della volontà del testatore, e finalmente la nullità del testamento indurrebbe la rivocazione del legato ; mentre potrebbe non esser lo stesso della ricognizione, se l'atto nullo come testamento fosse però sufficiente a provare un' obbligazione qualunque. Io credo che questa sarebbe una quistione di fatto, la quale dovrebbe esser decisa a norma delle circostanze, osservando però che il testamento essendo sempre fatto coll' idea della morte, la frode non dee leggermente presumersi. Si ha da supporre che colui il quale riflette ai suoi ultimi istanti non s' induce volontieri a commettere un' azione fraudolenta. In tutti i casi in cui la disposizione sembrasse dover essere riguardata come un legato, io credo che se vi fosse luogo a riduzione, dovrebb' essere ridotta l' ultima. La precauzione presa dal testatore di assimilare il legatario ad un creditore dee far presumere essere stata sua intenzione che questo legato fosse a pre-

(a) Vedete TOULLIER, l. c. ai numeri 126 e 127, dov' esamina il valore delle confessioni fatte dal patrocinatore tanto negli atti di procedura che verbalmente nell' udienza.

ferenza di tutti gli altri soddisfatto. (V. Ricard , *delle donazioni*, parte 3 , n. 106 e seguenti ; ed un arresto della corte di Aix degli 8 giugno 1813 in Sirey, 1813, 2.a parte, pag. 362.)

(530) *Di un errore di fatto.* Altrimenti se sia la conseguenza di un errore di dritto , poichè l' errore di dritto non iscusa. (V. la nota 372.) Così , io confesso d'esser vostro debitore per una somma di 8000 franchi come erede di mio padre : quindi vengo a scoprire che mio padre vi aveva pagato : questo pagamento è un fatto che io poteva ignorare ; e per conseguenza posso rivocare la mia confessione. Ma se ho confessato che vi doveva 300 franchi per prezzo di una cosa determinata che aveva promesso di consegnarvi , e che io sapeva esser perita per caso fortuito ; e che io abbia fatto questa confessione perchè ignorava che il debitore era liberato per la perdita della cosa avvenuta senza di lui colpa , io non potrò ritrattare la mia confessione e sarò obbligato a pagare. (V. al X. vol. la nota 12 al titolo *degli obblighi senza convenzione*.

(531) *Senza potere dividerla.* Così , io son citato a pagare un debito di cui non esiste titolo : confesso che il debito ha esistito ; ma pretendo che sia stato soddisfatto. Non si potrà far uso della mia dichiarazione in quanto comprova il debito , e rigettarlo in quanto comprova il pagamento. La cosa è altrimenti in materia criminale.

(532) *Civile e religioso.* Dall' essere il giuramento un atto religioso, bisogna conchiuderne , 1. che debb'esser prestato nel modo e con i riti che la religione di chi lo presta richiede, perchè sia obbligatorio , altrimenti il fine del giuramento andrebbe a vuoto , e 2. che non si può obbligare un individuo a prestare un giuramento riprovato dalla sua religione. (V. due arresti della cassazione de' 28 marzo e 11 luglio 1810 ; Sirey , 1810 , 1. parte , pag. 226 e 329 ; ed una circolare del gran giudice del 26 novembre 1806 riportata da Sirey , 1814 , 2. parte , pag. 18.)

Circa le formalità da seguirsi relativamente alla prestazione del giuramento , (V. al cod. di proced. gl'art. 120 † 214 , e 121 † 215.

(533) *Sopra qualunque specie di controversia.* Bisogna dunque che vi sia controversia. Dunque se avvi cosa giudicata , il giuramento non può essere deferito ; non vi è più controversia.

Il giuramento può essere deferito a chi tiene in suo favore un atto autentico? Io credo che bisognerebbe distinguere: se il fatto sul quale il giuramento è deferito è contrario ai fatti certificati nell' atto, mi sembra che il giuramento non potrebb' esser deferito se non quando il reo si fosse inscritto in falso. In effetti l' art. 1360 † 1314 dice, che il giuramento può essere deferito quand' anche non esistesse alcun principio di pruova dell' eccezione. Ma bisogna almeno che sia stata proposta un' eccezione; ora non si può proporre un' eccezione contraria ai fatti attestati da un atto autentico che inscrivendosi in falso. Ma se il fatto sul quale il giuramento è deferito non contradice quelli che sono attestati nell' atto, non v' ha dubbio che sia validamente deferito.

Così, è detto in una obbligazione di mutuo che le monete sono state realmente contate in presenza de' notari; il giuramento non potrà essere deferito sul fatto della numerazione (a). Ma se si tratta di un semplice atto col quale una delle parti sia riconosciuta debitrice verso dell' altra di una somma di . . . . . a titolo di mutuo; il giuramento potrà esser deferito sul fatto che la somma sia o no stata mutuata. Dapoichè i notari qui non fanno che attestare che le parti han fatto la tale dichiarazione in loro presenza; ma non han potuto attestare la verità di questa dichiarazione. Del pari se vien allegato che le monete numerate sotto gli occhi de' notari appartenevano al mutuatario; o sono state da lui posteriormente rimesse al mutuante, il giuramento potrà esser deferi-

---

(a) Toullier sostiene l' opposto, l. c. Tom. X. n. 380; anzi nella nota rapportando l' opinione del nostro autore, e trascrivendola, dice che questa proposizione di non potersi proporre alcuna eccezione contraria ai fatti attestati da un atto autentico che inscrivendosi in falso sia inesatta. « L' art. 1319 † 1273 del » codice dice che l' atto autentico *fa piena fede* ec. ma non dice » nè alcun' altra legge lo dice, che non si possa proporre alcuna » eccezione contro la fede dovuta a quest' atto. Si può certamen- » te opporre per eccezione ch' esso è simulato, abbenchè il nota- » jo ne attesti la realità. Perchè dunque quand' esso attesta la nu- » merazione delle specie nella sua presenza, non potrei opporre » ch' esse non sono state realmente contate, e deferirvi il giura- » mento su questo punto? Noi preferiamo dunque la dottrina di » *Duparc-Poullain* e della costumanza di Brettagna che accorda- » va a quegli che si era obbligato la facoltà di richiedere e di » esigere il giuramento dal suo creditore ».

to su questi fatti; giacchè i notari han potuto bensì attestare la numerazione, ma non già la proprietà del danaro, come non han potuto certificare che la restituzione non ha avuto luogo posteriormente.

(534) *A cui viene deferito* o *riferito*. Se dunque il giuramento è stato deferito allo stesso debitore apparente, bisogna ch' egli affermi non dover nulla. Ma se al suo erede, basta ch' egli afferma non essere a sua notizia che la cosa sia dovuta. (Argom. tratto dall' art. 2275 ✝ 2181.)

(535) *E che lo ricusa*. Beninteso che il giuramento non può esser riferito quando l' oggetto non è comune alle due parti ma puramente personale a quegli al quale si deferisce. Così il debitore per biglietto può riferire il giuramento al creditore sul fatto del debito; ma non potrebbe riferirlo al suo erede.

(536) *E ad esse sole si può riferirlo*. Così non può essere deferito ad uno, nè da un interdetto; è lo stesso del minore o di colui al quale è stato dato un consulente, non che della donna maritata, per gli oggetti che eccedono la loro capacità. (L. 17, §. 1; 34, §. 2, e 35, §. 1, ff. *de jure jur.*). Il tutore non può deferirlo su di un oggetto immobiliare senza l' autorizzazione del consiglio di famiglia. (.Argom. tratto dall' art. 464 ✝ 387.) È una specie di acquiescenza. Un procuratore non può deferirlo senza uno speciale mandato. (L. 17, §. 3, *eod.*) Le leggi romane glielo permettevano quando egli era, com' esse lo chiamavano, *procurator universorum bonorum*. Non sarebbe lo stesso presso di noi. (Art. 1988 ✝ 1860.) Il deferire il giuramento può riguardarsi come un atto più di disposizione che di semplice amministrazione.

Avvertite del resto che dicendo esservi certe persone alle quali non si può deferire il giuramento, s' intende dire che ov' esso loro sia deferito, o riferito, e che lo ricusino, non si può loro applicare l' art. 1361 ✝ 1315. Ma se esse l' hanno prestato, il giuramento avrà tutto l' effetto contro colui che lo ha loro deferito. (L. 26 *eod.*) In fatti colui che deferisce il giuramento contratta realmente un' obbligazione condizionale, e si presume dire: io mi obbligo a riconoscere che la vostra domanda è ben fondata, o che la mia non l' è, se giurate la tal cosa. Ora quando il giuramento è prestato, la con-

dizione è adempita; dunque esiste un'obbligazione dalla parte di chi lo ha deferito. Ora dietro l' art. 1125 ✝ 1079, colui che ha contrattato con un incapace non può argomentare dalla di costui incapacità per far annullare la sua obbligazione. Dunque il giuramento deferito dal capace all' incapace, e prestato da quest' ultimo, dee avere tutto l' effetto.

È dietro lo stesso principio che colui il quale ha una volta deferito o riferito il giuramento, non può più ritrattarsi quando l' altra parte ha dichiarato che consentiva a prestarlo. (Art. 1364 ✝ 1318.) L' obbligazione è formata col reciproco consenso delle parti: essa è in verità condizionale, ma non è perciò meno irrevocabile.

(537) *Debb' essere rigettata.* Ancorchè si presentassero nuovi documenti che si pretendessero essere stati ritenuti per fatto della parte. È in questo senso che la legge 2 ff. *de jurejur.* dice che il giuramento ha maggior forza della cosa giudicata. È sempre una conseguenza dello stesso principio. Colui che ha deferito il giuramento si è sottoposto ad essere condannato se il giuramento si prestava. Quando esso fu effettivamente prestato la condizione è compita, e la condanna dee aver luogo non tanto in virtù dell' obbligazione sulla quale il giuramento è stato deferito, quanto in virtù di quella che fu contratta collo stesso deferirsi il giuramento. I giudici non debbono dunque più esaminare se esisteva o no una obbligazione precedente, ma soltanto se il giuramento è stato deferito e prestato, *Dato jurejurando, non aliud quaeritur quam ut juratum sit, remissa quaestione an debeatur.* (L. 5. §. 2. *eod.*); il tutto senza pregiudizio dell' azione criminale, uniformemente all' art. 366 del codice penale, il quale pronunzia la degradazione civica contra colui che ha dato un falso giuramento in materia civile. Ma osservate che la pruova dello spergiuro non può esser ammessa anche in via criminale, se non quando esiste un principio di pruova per iscritto della falsità del fatto attestato col giuramento. Così giudicò la cassazione il 5 settembre 1812 (Sirey 1813, 1.a parte, pag. 158); ed il 17 giugno 1813 (*bollett.* criminale n. 129.) (a).

(a) L' art. 466 del cod. pen. francese è in questi termini. » Quegli al quale sarà *deferito* o *riferito* il giuramento in materia » civile, e che avrà fatto un falso giuramento sarà punito colla

(538) *Fa pruova completa.* Ma non fa pruova che di ciò ch'è stato giurato. Così, il possessore di un fondo, citato a restituirlo, giura che l'attore non n'è il proprietario: egli dev'essere assoluto dalla domanda: ma se viene a perdere il possesso, non potrà in virtù del prestato giuramento revindicare il fondo, nemmeno contro colui che gli ha deferito il giuramento. (L. 11. *eod.*) In effetti quando egli era convenuto, non doveva provare d'esser proprietario; gli bastava che l'attore non provasse ch'ei l'era: ma quando egli agisce per la revindicazione, è tenuto a provare d'esser proprietario. Or egli non ha giurato d'esser proprietario, ma soltanto che l'attore non l'era.

Quid, se dietro la domanda di revindica diretta contro di lui, egli ha giurato ch'era proprietario? Egli avrà la revindica, ma solamente contro colui che gli ha deferito il giuramento, i suoi eredi o aventi causa. (L. 11. §. 1 e 3 *eod.*) Il giuramento non ha effetto che fra le parti, ec.

(539) *Loro eredi o aventi causa. Quid* se uno degli eredi soltanto ha deferito il giuramento? Esso non farà pruova che contro di lui. Sarà lo stesso se non è stato prestato che da uno di loro: esso non farà pruova che in suo favore.

(540) *Totalmente mancante di prova.* È perciò che questo giuramento è chiamato dagli autori *giuramento suppletorio*, perchè supplisce all'insufficienza delle pruove.

In materia di commercio il rifiuto di una delle parti

» degradazione civica ». Il corrispondente nostro articolo 190 dice': « Il colpevole di falsa testimonianza in materia civile sarà pu- » nito colla pena del primo al secondo grado di prigionia ». Non è però esatta la proposizione del nostro autore che la pruova dello spergiuro non possa esser ammessa in via criminale se non quando esiste un principio di pruova per iscritto della falsità del fatto attestato con giuramento. Mentre se parla dell'azione privata, essa non ha luogo in questo caso: la parte civile sarebbe respinta dalla chiara disposizione dell'art. 1363 † 1317, perchè la delazione del giuramento è una vera transazione. Se parla dell'azione pubblica, il pubblico ministero vi è ammesso in tutti que'fatti ne' quali non vi bisogna la pruova per iscritto o un principio di essa, ma non in que' delitti che presuppongono un atto antecedente la di cui pruova non può esser fatta che per iscritto. Veggasi il Repertorio di giurisprudenza alla voce *Serment*, e Toullier, l. c. Tom. X. n. 387 e seguenti.

di esibire i suoi libri, è un motivo sufficiente per autorizzare il giudice a deferire il giuramento all' altra parte. (Cod. di comm. art. 17 † 23).

(541) *Non può essere riferito.* Il giudice deferisce il giuramento a quella fra le due parti che crede conveniente, ed in ragione della confidenza che gli sembra meritare. Ora può facilmente accadere ch' egli non abbia la stessa confidenza nell' altra parte. D' altronde, come dice POTHIER, la parola *riferito* indica che non si può riferire che a quello il quale ha deferito. Ora qui il giuramento non è stato deferito dalla parte; esso non può dunque essergli riferito.

V' è ancora questa differenza tra siffatte due specie di giuramenti, che quando il giuramento decisorio è stato prestato, tutto è finito tra le parti, come si è detto nel capitolo precedente, mentre dopo il giuramento suppletorio, la sentenza può ancora impugnarsi per le vie legali. Perciò fu giudicato in Mompellieri il 6 febbrajo 1810. (SIREY, 1814, 2.a parte, pag. 351), che se il giuramento è stato deferito dal primo giudice e prestato dalla parte, ma senza acquiescenza dell' altra, questa può appellare, e domandare in appello l' interrogatorio sui fatti ed articoli (a).

(a) Molte altre quistioni discute e risolve TOULLIER nell' opera citata al suo X. Tomo, che noi riassumeremo nella promessa appendice, essendo già soverchia la mole del presente volume.

NOTE AL TITOLO SESTO. (pag. 129 e 130)

(1) *Opposta od invocata.* La prescrizione può essere invocata dalle due parti; ma non è opposta che dal reo convenuto.

(2) *Non possono di officio supplirvi.* Dunod pretende però, che quando v' ha un termine stabilito dalla legge per la durata di un' azione, il giudice può e dee supplire al mezzo desunto dall' estinzione del termine; come se trattasi di un' azione rescissoria e che i dieci anni sieno trascorsi. Si potrebbe sostenere questa opinione, ma con la distinzione seguente.

Nelle prescrizioni ordinarie l' azione non è estinta *ipso jure*: essa sussiste sempre, quantunque possa la prescrizione renderla inutile; ma conviene che la prescrizione si opponga: che se non fosse opposta, non possono i giudici supplirvi *ex officio* come a qualunque altra eccezione. Ma nelle azioni rescissorie, spirato il termine, l' azione si estingue *ipso jure*: l' azione dura dieci anni, dice l' art. 1304 † 1258. Dunque dopo i dieci anni non v' è più azione, e per conseguenza non può esservi condanna per effetto di un' azione che più non esiste. Sarebbe lo stesso dell' azione di ricompra. (Art. 1660 † 1506, 1661 † 1507, e 1662 † 1508.)

Nota. Pronunziò la cassazione che la disposizione la quale proibisce ai giudici di far valere *ex officio* la prescrizione non si applica alle materie criminali correzionali e di semplice polizia. Arresti del 26 febbrajo 1807, 28 gennajo e 12 agosto 1808, in Sirey, 1813, 1.a parte, pag. 464. (a)

(3) *Il debito è stato riconosciuto dal debitore. Quid*

(a) Riunite a ciò quel che abbiam detto sulla prescrizione delle pene e delle azioni in materia penale nelle Osservazioni al tit. 2 del primo libro §. V vol. I. pag. 87 e seg.

La ragione perchè i giudici non possono di officio supplire ad opporre la prescrizione è desunta dalla l. un. cod. *ut quae desunt* ec. che permette al giudice di supplire al dritto non al fatto. Dunod, citato dal nostro autore nel suo trattato delle prescrizioni part. 1. cap. 14, allega per altro motivo quello di non dovere il giudice soffocare i rimorsi di colui che può aver ribrezzo di opporre la prescrizione, sapendo nel fondo del suo cuore di non esser legittima. Vedete pure Merlin nelle Quistioni di dritto alla voce *Sostituzione fedecommessaria*. §. 4.

s' egli ha pagato una somma in conto? La prescrizione è interrotta per l' intero se tuttavia egli ha pagato in conto: altrimenti, se ha dichiarato, pagando, che intendeva usare della prescrizione pel rimanente, o se la somma sembri essere stata pagata come l' intera somma dovuta.

(4) *Passata in giudicato.* Abbiam veduto nella nota 518 al titolo precedente cosa deesi intendere per queste parole.

(5) *Ed anche in appello.* (a) Ma non può essere invocata nè opposta in cassazione se non l' è stata prima. Ed infatti, non si può cassare una decisione perchè non ha pronunziato su di un punto che non è stato opposto e cui non poteva il giudice supplire. Così fu giudicato in cassazione il 9 ottobre 1811. (*Giorn. della giurispr. del cod. civ.*, tomo 17 pag. 219.)

(6) *Vi abbia già rinunziato.* La difesa in merito induce la rinunzia alla prescrizione? Parmi che occorra distinguere: Se la difesa è perentoria, vale a dire tale che possa distruggere interamente l' effetto dell' azione, non si può farne resultare la rinuncia alla prescrizione; come se, per esempio, si è opposta l' eccezione del dolo, della violenza ec. In effetti, io ho, o credo di avere molti mezzi per interrompere l' effetto dell' azione contro di me intentata; ho ripugnanza ad impiegare quello della prescrizione; ed in conseguenza lo trascuro nella speranza che gli altri mi basteranno. Io perdo la causa in prima istanza; ed in appello produco l' eccezione della prescrizione. Non credo che mi si possa opporre l'inammessibilità. Altrimenti, se la difesa fosse stata solamente dilatoria; per esempio, se io mi fossi limitato a domandare una dilazione, a pretendere che il credito non è esigibile. Fu deciso presso a poco in questo senso dalla cavazione il 19 aprile 1815. (*Bollett.* n. 27)

Se non è trascorso che una parte sola del tempo richiesto per la prescrizione, vi si può rinunciare? La ra-

(a) La prescrizione costituisce una eccezione perentoria la quale può essere opposta anche se il convenuto avesse la prima volta fondato le sue difese sopra tutti altri mezzi che quello della prescrizione. Così deciso nella cassazione di Francia nel dì 5 giugno 1810 (Sirey, vol. 10, part. 1, pag. 282). Purchè però le prime difese non siano con questa eccezione incompatibili, giusta l' altra decisione del 19 aprile 1815 citata dall' autore nella seguente nota. (Sirey, vol. 15, part. 1, pag. 203.

gione di dubitarne viene dal perchè la prescrizione non si è ancora acquistata. Ma quella di decidere si, è che in questo caso trattasi meno di una rinuncia che di una interruzione risultante dalla ricognizione del debitore o del possessore. (Art. 2248 + 2154.)

(7) *Almeno per ciò che concerne il rinunziante.* Dapoichè colui in favor del quale si è rinunciato alla prescrizione non si presume acquistare a titolo gratuito nè in virtù di un nuovo titolo; ma si presume continuare a godere in forza dello stesso titolo in virtù del quale godeva quando la prescrizione è incominciata. Così una persona si ammoglia mentre si prescriveva il suo fondo; il contratto nuziale contiene la clausola che i beni donati agli sposi durante il matrimonio, tanto mobili che immobili, andranno nella comunione. La prescrizione si compie; nondimeno la detta persona revindica; e non essendole opposta la prescrizione il fondo le viene restituito. Farà esso parte della comunione? No. Si presume che il proprietario lo riprenda in virtù del suo antico titolo il quale nell' ipotesi è anteriore al matrimonio. Del pari la rinunzia alla prescrizione non sarebbe considerata come un profitto sottoposto alla riduzione, o alle regole d' incapacità ec.

(8) *Non pregiudica punto ai creditori del rinunziante*, ancorchè sieno chirografarii. La legge non distingue: basta che il loro titolo abbia una data certa anteriore alla rinuncia.

(9) *Di qualunque altra persona che vi abbia interesse*, come un usufruttuario, uno che abbia il dritto di servitù. Ma tutte queste persone ed anche i creditori, non possono opporre la prescrizione che nel loro interesse. Dunque se colui in favor del quale la rinuncia è stata fatta consente a pagare il creditore, a lasciar godere l' usufruttuario, o colui al quale è dovuta una servitù, la rinuncia dee conseguire il suo effetto.

(10) *Quando sia spirato l' ultimo giorno del termine.* Così, quantunque io abbia acquistato il 10 marzo 1816 prima di mezzo giorno, la prescrizione di dieci anni non sarà compita che nel 10 marzo 1816 a mezza notte; fino a quell' ora essa potrà essere interrotta.

(11) *Un dato numero di giorni.* Prescrizioni di tal sorta hanno luogo specialmente in materia di procedura.

(12) *Sia che ne abbia ventinove.* Il codice nol dice

testualmente; ma ciò debbe inferirsi dall' art. 2261 ✝ 2167 qual si trovava nella prima edizione del codice civile, e che ne fu tolto, perchè relativo al calendario repubblicano il quale più non esiste. Quindi il 27 decembre 1811 pronunziò la cassazione che i termini composti di più mesi debbono computarsi a scadenza di mesi, data per data, e non a giorni. (Sirey, 1812, 1. parte, pag. 199.)

(13) *All' epoca della promulgazione della presente legge.* La legge della prescrizione è del 24 ventoso anno 12 e fu promulgata il 4 germinale seguente. Abbiam veduto però nel titolo *delle servitù*, cap. 3, sez. 2., un' eccezione a questo principio, essendo ivi sanzionato che la prescrizione cominciata soltanto nell' epoca della promulgazione del codice, non ha alcun effetto per l' acquisto di talune servitù.

(14) *Secondo le leggi anteriori.* (a) Ciò richiede spiegazione. Si credeva anticamente che le annualità delle rendite non erano sottoposte alla prescrizione di cinque anni se non quando queste fossero state costituite con danaro contante. Oggi il codice non ammette veruna distinzione. Se ne dee conchiudere che le annualità di una rendita constituita per prezzo di un immobile le quali avessero cominciato ad esser dovute prima del codice, non potrebbero ancora presentemente esser prescritte che col decorso di trenta anni? Io non lo credo. L' articolo 2281 ✝ 2187 debb' essere inteso nel senso che per compiere una prescrizione stabilita dal codice, non si può contare il tempo trascorso prima della sua promulgazione. Così, supponiamo una rendita perpetua o vitalizia costituita per testamento. È certo che nell' antico dritto le annualità di questa rendita non potevano prescriversi che dopo trent' anni. Se dunque nel tempo della promulgazione del codice erano già passati ventiquattro anni senza domanda per parte del creditore, non vi sarà luogo alla prescrizione, quantunque giusta i termini del codice, lo spazio di cinque anni basti presentemente a farla acquistare. Ma se il silenzio del creditore ha durato altri cinque anni dopo del codice, la prescrizione gli potrà esser opposta per tutte le annualità scadute prima

(a) Vedete quel che ne abbiamo detto nelle osservazioni specialmente al §. 4.

de' cinque anni. In una parola, si vuol profittare del tempo scorso prima del codice? Bisogna allora per acquistare la prescrizione tutto il tempo richiesto dalle antiche leggi. Ma se non si conta il termine che dopo il codice, allora basterà che il tempo richiesto dal codice sia spirato onde la prescrizione venga acquistata. Esiste è vero un arresto di cassazione del 18 dicembre 1813 riportato da Sirey, 1815, 1.a parte pag. 92. che ha giudicato in un modo contrario a questi principii: ma è un arresto meramente finanziero e che contradice agli stessi motivi sui quali è appoggiato altro arresto della stessa corte, del 6 luglio 1812. (Giurispr. del cod. civ. tomo 19, pag. 233.) Tal era altresì l'antica giurisprudenza. Prima dell' ordinanza del 1510, le annualità di tutte le rendite non erano soggette che alla prescrizione di trenta anni. Questa ordinanza stabilisce la prescrizione di cinque anni pei capitali costituiti in contante; e fu deciso con arresti di regolamento che le annualità scadute prima dell'ordinanza erano prescritte col decorso di cinque anni compiti dopo l' ordinanza. (Theveneau, *comment. sulle ordinanze*, lib. 2., tit. 14, art. 3.)

Così pure l'ordinanza del commercio avea stabilito la prescrizione di cinque anni per le cambiali che prima richiedevano quella di trenta: e gli arresti del parlamento di Parigi citati da Savary intorno alla detta quistione hanno costantemente deciso che la prescrizione era acquistata in seguito di cinque anni decorsi dopo l' ordinanza.

(15) *Più di trent' anni.* In virtù della legge 7. *cód. de praescript.* 30 *vel* 40 *annorum*, la quale era osservata in molte provincie, e specialmente in quelle comprese nella giurisdizione del parlamento di Parigi, l'azione ipotecaria non si prescriveva che col decorso di quarant' anni quand' era unita all' azione personale, vale a dire finchè l' immobile ipotecato al debito non era uscito dalla mano del debitore. Questa specie di prescrizione appunto è quella che il legislatore ebbe principalmente in mira nell'art. 2281 † 2187.

(16) *O che sono suscettibili di divenire proprietà privata.* (V. gli art. 538 † 463, 539 † 464, 540 † 465 e 541 † 466.)

(17) *In favore de' minori ed interdetti.* Ma ciò non si applica che alla prescrizione di trent' anni ed a quella

di dieci o vent' anni. Tutte le prescrizioni più brevi decorrono contro de' minori e degl' interdetti.

(18) *Contro il marito.* Si presume che in questo caso la potestà maritale ha impedito alla moglie di agire. E d' altronde si è voluto evitare quanto potrebbe turbare la domestica tranquillità. *Quid* nel seguente caso?

Un marito in comunione di beni vende uno stabile appartenente a sua moglie, alla quale indi premuore. La moglie accetta la comunione. Potrà ella rivendicare l' intero fondo, bonificando all' acquirente la metà del prezzo e dei danni ed interessi; ovvero non potrà revindicare che la metà dell' immobile? Siffatta quistione era controvertita sotto l' impero dell' antico dritto. Lo stesso Pothier variò parere su tal soggetto. Si può dire in favore dell' ultima opinione che l' obbligazione di garentia contratta dal marito venditore è un debito della comunione, al quale la moglie che accetta va in conseguenza tenuta per la metà. Si può dunque opporle, almeno per la metà, la regola *cum quem de evictione tenet actio eumdem agentem repellit exceptio.*

Io credo che se il marito ha venduto lo stabile della moglie come a lui appartenente, ai termini dell' art. 1599 † 1444 la vendita è nulla; e per conseguenza la moglie può revindicare tutto lo stabile. In verità il marito è tenuto ai danni ed interessi; ma se vendette di mala fede, vale a dire s' egli sapeva che l' immobile apparteneva a sua moglie, ha commesso il delitto di stellionato. (Art. 2059 † 1934.) Ora la comunione non è responsabile delle obbligazioni risultanti dai delitti commessi dai conjugi. (Art. 1424 † T.). La moglie non sarà dunque nemmeno per la metà tenuta al pagamento di questi danni ed interessi. Ma se il marito era di buona fede, l' obbligazione di garentia è puramente civile, e, come tale, a carico della comunione. La moglie n' è dunque tenuta per la metà.

Se il marito ha venduto l' immobile come appartenente a sua moglie, ed obbligandosi per lei, io stimo che allora la moglie può ancora revindicare il tutto bonificando la metà de' danni ed interessi. Io stabilisco tali decisioni sul doppio riflesso che in generale il codice schiva per quanto è possibile di formar proprietà indivise, e che sarebbe dare al marito il dritto di disporre realmente di una parte degl' immobili di sua moglie senza il di

lei consenso; poichè se la comunione è vantaggiosa, ella si troverebbe nella spiacevole alternativa o di perdere la metà de' suoi immobili o di rinunciare alla comunione. Si vegga una decisione della corte di Amiens del 18 giugno 1814 (SIREY, 1815, 2. parte, pag. 40.) (a)

(19) *E riguardo ai beni de' quali suo marito ha l' amministrazione.* Purchè tuttavia la sua azione, come testè lo dicevamo, tale non sia che possa rivolgersi contro al marito. Se dunque un individuo compra dal marito un immobile della moglie, la prescrizione non comincerà a decorrere in suo vantaggio che dal giorno dello scioglimento del matrimonio; ma s' egli lo ha acquistato da un terzo, o se ha cominciato a possederlo senza titolo, potrà prescrivere durante il matrimonio; salvo, se vi ha luogo, il regresso della moglie pei danni ed interessi contro del marito dopo lo scioglimento del matrimonio, se potendo interrompere la prescrizione egli nol fece. (V. L. 16 ff. *de fundo dotali.*

Se la moglie minore con l' autorizzazione del marito abbia stipulato un atto oltrepassante i confini della sua capacità, i dieci anni accordati per intentarsi l' azione rescissoria correranno durante il matrimonio? Sì, ove il marito siasi limitato ad autorizzare; mentre chi autorizza non si obbliga nè garentisce. Diversamente ov' egli siesi obbligato per lei, ed abbia promesso di farla ratificare; mentre allora, siccome l' azione della moglie si rivolgerebbe contro al marito, i dieci anni non corrono durante il matrimonio.

(20) *Riguardo a quei crediti che egli ha contro l' eredità.* Allorchè il codice civile fu promulgato, ciò era consentaneo ai principii, poichè l' erede beneficiato, quando era unico, non poteva agire contro se stesso. Ma

---

(a) Dalle generali espressioni della seconda parte del num. 2. dell' art. 2256 † 2162 che qui comenta il nostro autore risulta un' eccezione alle disposizioni degli articoli 1561 † 1374, 2254 † 2160, e 2255 † 2161, e che quindi questi tre articoli non possono convenire se non ai casi ne' quali l' azione che dalla moglie si promuovesse avverso de' terzi, non si andrebbe a rivolgere contro al marito. È anche da notarsi che la disposizione dell' art. 1444 † 1408 non è in alcun modo relativa alla prescrizione: essa non ha in iscopo che di frenare le fraudolenti separazioni di beni, e mettere in salvo i dritti delle mogli contra i loro mariti. Veggasi l' arresto del 24 giugno 1817 in SIREY, vol. 17, part. 1, pag. 304.

attualmente che dietro il codice di procedura (art. 996 + 1072), egli è tenuto, se ha da intentare azioni contro la successione, a dirigerle contro un curatore alla successione beneficiata ch' egli può far nominare, sembrerebbe che la prescrizione dovesse correre contro di lui. Ma v' ha un altra ragione la quale vi si oppone, ed è ch' egli può dire d' essere assicurato col pegno poichè è in possesso di tutti i beni della successione; gli è dunque inutile di agire in giudizio. Egli trovasi nel caso del creditore che ha in mano il pegno, e contro del quale finchè ne sia in possesso, la prescrizione non può decorrere, (l. 7. §. 5, cod. *de praescript.* 30 *vel* 40 *ann.*) Dietro questo ragionamento io avviso, che se vi sono più eredi, la prescrizione dee correre per parte degli altri eredi.

L' erede debitore della successione può egli prescrivere contro i suoi coeredi per la parte di essi? Io credo che sì, e che possa anzi perfezionare contro di essi la prescrizione cominciata contro al defunto. Nè osta che l' azione per la divisione sia imprescrittibile; giacchè è massima non abbracciar quest' azione i crediti attivi o passivi della successione, attesochè dividonsi *ipso jure* tra gli eredi. (L. 2, §. 5, e l. 4. ff. *famil. ercisc.* ed art. 1220 + 1173 del codice civile.) Ciascuno degli eredi è dunque dal punto della sua accettazione divenuto realmente ed effettivamente creditore particolare del suo coerede per la parte ch' egli ha nella successione. La prescrizione cominciata contro del defunto dee dunque potersi compiere contra ciascuno di essi particolarmente, siccome può compiersi contra gli uni ed essere interrotta riguardo agli altri.

La stessa ragione non potendo applicarsi al fondo che l' erede avesse incominciato a prescrivere contro il defunto, io credo che cessa la prescrizione di correre in suo favore dalla morte del comune autore. D' altronde, siccome egli dee impiegare nell' amministrar la successione la stessa cura che impiega ne' suoi proprii affari, dee presumersi aver egli interrotta la prescrizione, come sarebbe stato tenuto ad interromperla contra di qualunque altro avesse posseduto un immobile della successione. (V. Montvallon, *delle successioni*, cap. 3, art. 19.)

(21) *Sino a che sia scaduto un tal termine. Quid*, se il debito è pagabile in più rate, come per quarti,

d' anno in anno? Si può dire che vi sono tanti debiti diversi quante v' ha rate, e che ciascuno si prescrive contando dalla sua scadenza. (L. 7, §. 6, cod. *praescript. 3o vel 4o anni.*)

(22) *O siasi verificata la tal condizione.* Ma osservate che questa disposizione dell' art. 2257 † 2163 non dee aver effetto che tra il debitore ed il creditore condizionali, ed in nessun modo riguardo alle terze persone: perciò essa non si applicherebbe alla prescrizione dell' ipoteca in favore del terzo detentore. Quand' anche il credito di cui l' immobile risponde fosse a termine o condizionale, la prescrizione non ne decorrerebbe meno dal giorno della trascrizione del titolo di acquisto (art. 2180 † 2074), o dal giorno dell' immissione in possesso, se non vi fosse titolo. Sarebbe lo stesso nel caso seguente: Pietro ha venduta la sua casa a Paolo sotto una condizione sospensiva il di cui evento può essere lungo tempo atteso, come se Paolo gli sopravviva. Pietro vende quindi la stessa casa a Giacomo come essendone puro e semplice proprietario, e senza parlare della prima vendita fatta a Paolo. Giacomo potrà egli prescrivere contro Paolo durante la vita di Pietro? Senza dubbio che sì; giacchè lo potrebbe quand' anche non avesse Pietro avuto alcun dritto sulla casa, mentre è anzi unicamente nel caso in cui si è comprato dal non proprietario che v' è bisogno della prescrizione; ed il dritto dell' acquirente può forse diminuire, perchè il venditore non era ancora interamente spogliato della sua proprietà? La convenzione fatta tra Pietro e Paolo è del tutto estranea all' acquirente; essa è riguardo a lui *res inter alios acta.* Non può dunque pregiudicare alla facoltà che a lui dà la legge di prescrizione contro chiunque vi ha dritto, sia col decorso di dieci o venti anni se ha titolo e buona fede, sia di trenta nel caso contrario. D' altronde il principio il quale non fa decorrere il tempo della prescrizione che dalla scadenza del termine o dall' evento della condizione, è fondato sulla considerazione che il creditore non ha potuto agir prima, e che *contra non valentem agere, non currit praescriptio.* Or ciò non può applicarsi ai casi di cui si tratta. Noi abbiam veduto nel titolo precedente che la condizione, anche sospensiva, non impediva al creditore di far gli atti conservativi necessarii, e per conseguenza nel primo caso, di formar la domanda

per dichiarazione d'ipoteca contro ai terzi detentori, e nel secondo, di notificare al possessore il suo contratto d'acquisto.

(23) *Sino a che abbia avuto luogo l' evizione.* Del pari, se trattasi di un' azione appartenente ad una donna maritata colle leggi della comunione, ma da non potersi da lei esercitare che dopo di aver dichiarato se accetta la comunione o vi rinuncia, è chiaro che quest'azione non può prescriversi fino a tanto che dura la comunione. (Art. 2256 † 2162.)

(24) *E contro qualunque persona*, per conseguenza contra gli assenti, per qualunque causa sieno tali. (a)

Ma corre essa in favore di qualunque persona, come, de' stranieri, de' morti civilmente? Quanto alla prescrizione ad oggetto di liberarsi da un' obbligazione, siccome quella ch' è in gran parte fondata sulla presunzione di pagamento, dee decorrere in favor di chiunque; se non che, ove il contratto non avesse avuto luogo in Francia, bisogna seguire per la prescrizione la legge del luogo ove il contratto fu steso. (Argomento desunto dall' art. 1159 † 1112.) Quanto alla prescrizione ad oggetto di acquistare, abbiamo dimostrato nella nota 14 al tit. prelim. vol. 1 pag. 149 ch' essa era di dritto naturale; dee dunque correre egualmente in favore di tutti.

(25) *Quando il debitore riconosce. Quid* se questa è fatta con privata scrittura e non sia opposta che dopo il compimento della prescrizione? È valida contra il debitore, ma non contra i terzi che avessero interesse a far valere la prescrizione; come i fidejussori, i debitori solidali, riguardo a cui la ricognizione suddetta, non ha al-

(a) Vedete sul comento all' art. 2251 † 2157 Merlin, tanto nel suo Repertorio alla voce *Prescription* sez. 1, §. 7, art. 2, quist. 8 e 18, quanto nelle sue Quistioni di dritto V. *Bureau de paix* §. 5.

Fu molto agitata in Francia la quistione sugli assenti che il nostro autore risolve affermativamente, rapporto al caso in cui un possessore di più di trent' anni avesse prescritto contra un assente di età maggiore; o se non avendo posseduto che contro gli eredi provvisorj di costui, i quali erano stati minori in non breve intervallo del suo possesso, si dovesse l' assente riputar morto dal giorno in cui scomparve, ovvero presumersi vivo fino al suo centesimo anno. Quella corte di cassazione coll' arresto del 21 ventoso anno IX fu di questo secondo avviso. V. Merlin nelle suddette quistioni alla voce *Absent* §. 3.

tra data fuorchè quella del giorno in cui vien presentata.

Quid, se essa è verbale? Bisogna distinguere: qualora sia confessata, ha lo stesso effetto della ricognizione per privata scrittura. Se poi è negata, è nulla; ammenochè non si possa ammettere la pruova testimoniale. Ma si potrebbe dopo la prescrizione compita deferire il giuramento sul fatto della ricognizione? Sì; nè osta che il giuramento non può essere deferito sul fatto del pagamento. La ragione della differenza si è che la pruova del non pagamento non impedirebbe alla prescrizione di aver luogo. Ora, *frustra probatur quod probatum non relevat.* Al contrario la ricognizione provata annulla la prescrizione.

La ricognizione di un debito fatta dai creditori del debitore interrompe riguardo a quest' ultimo la prescrizione? Credo che convenga distinguere: se nell' epoca della ricognizione il debitore era in istato di fallimento egli ha potuto essere validamente rappresentato dai sindaci de' suoi creditori; non già nel caso contrario. (a) (V. un decreto dei 14 marzo 1807, in SIREY, 1814, 2. pag., art. 489.)

(26) *Anche avanti un giudice incompetente.* L' incompetenza del giudice non impedisce che la citazione sia valida nel fondo, se d' altronde sia stata fatta da un uffiziale pubblico competente e con tutte le formalità richieste.

(27) *Mediante un precetto.* Da ciò risulta che anche in materia reale una semplice intimazione di restituire non interromperebbe la prescrizione. Avvertite 1. che non si può fare un precetto se non quando il titolo del credito sia esecutivo; 2. che vi ha questa differenza tra l' istanza ed il precetto, che quella si perime in capo a tre anni o tre anni e mezzo (Proced. 597 † 490), questo non si prescrive che col decorso di trent' anni.

(28) *A colui al quale si vuol impedire il corso della prescrizione*, e da colui che vuole impedirla. L' interruzione non giova che a colui il quale l' ha fatta. Così, io posseggo un fondo *animo domini*, ma di cui non sono realmente proprietario. Pietro dirige contro di me una domanda di revindica. Passano due anni senza che finisca il giudizio. Durante questo tempo la prescrizione

(a) Non già nel caso contrario perchè il riconoscimento può ben essere un atto unilaterale, come decise la corte di Bruxelles nel 17 giugno 1806 (SIREY vol. 9, parte 2, pag. 358.)

i compie; Paolo il quale è veramente proprietario revindica a vicenda, io gli oppongo la prescrizione; egli pretende ch' essa è stata interrotta per la domanda di Pietro. Ha egli ragione? No; riguardo a lui è *res inter alios acta*.

(29) *Dal giorno della sua data.* Se sieno state citate le parti in conciliazione per un affare che n' è dispensato, la prescrizione è mai interrotta dal giorno della citazione se vi ha domanda formata entro il mese? Crederei volentieri che bisognerebbe distinguere: se trattasi di un affare in cui l' esperimento di conciliazione non è richiesto, perchè non n' è suscettivo (per es., una quistione di stato), allora la citazione è assolutamente nulla e non può produrre alcun effetto. Ma s' egli è quistione di un affare che sia per se stesso suscettivo di conciliazione, e solo n' è dispensato dalla legge, come son quelli di cui si tratta ne' num. 2, 3, 4 e 6 dell' art. 49 ✝ T. del codice di procedura, io crederei che in questo caso la citazione non è nulla, poichè essa può effettivamente menare ad una conciliazione, ed interrompere perciò la prescrizione.

(30) *È nullo per difetto di forma.* Esso allora si ha come non esistente. Ora *quod nullum est*, o, che val lo stesso, *quod non est*, *nullum producere potest effectum*; e d' altronde in questo caso il giudice non ha più la pruova legale che il reo convenuto è stato messo giudizialmente in mora di pagare o restituire.

(31) *Se l' attore desiste dalla sua domanda.* Si presume ch' egli così riconosca ch' era mal fondata.

(32) *S' egli lascia perimere l' istanza.* Un' istanza è perenta quando la procedura non è proseguita nel corso di tre anni, o anche di tre anni e mezzo allorchè vi sia luogo a domandare la riassunzione dell' istanza o la costituzione di un nuovo patrocinatore. (Cod. di proced., art. 397 ✝ 490.) Ora siccome ai termini dell' art. 401 ✝ 494 dello stesso codice, la perenzione estingue la procedura senza che si possa in verun caso opporre alcun atto della procedura estinta o prevalersene, ne risulta che la citazione perenta non può produrre alcun effetto, nè per conseguenza interrompere la prescrizione. (a)

(a) Avvertite che sulla perenzione d' istanza la nostra corte suprema di giustizia (una volta corte di cassazione) colla deci-

(33) *Se la domanda è rigettata.* È necessario che il rigetto sia definitivo? La negativa fu pronunciata dalla corte di cassazione la quale con arresto del maggio 1814, (Sirey, 1814, 1. parte, pag. 201), decise che se la domanda sia stata rigettata perchè non fu preceduta dall' esperimento in conciliazione, la prescrizione non è stata interrotta.

(34) *L'inconveniente che ne risulterebbe.* Un debitore avrà pagato esattamente le annualità pel corso di trent' anni: non vi saranno dunque state istanze giudiziali contro di lui durante questo tempo. Il suo erede potrebbe sopprimere le quietanze e pretendere che il credito è prescritto, attesa la mancanza di pagamento delle annualità per lo spazio di trent' anni; nè il creditore avrebbe alcun mezzo onde provare il contrario.

Risulta ad evidenza dalla disposizione dell' art. 2263 † 2169, che le prestazioni annuali, come rendite ec. sono prescritte in totalità, ed anche per la sorte principale quando sono scorsi trent'anni senza che il pagamento di frutti sia stato esatto. Si applicherebbe ciò ad un debito per causa di alimenti? Io nol credo. A me sembra che atteso il favore annesso a tal sorta di crediti, il dritto di conseguirgli debb' esserne riguardato come imprescrittibile, e che debbasi applicar qui la distinzione stabilita da Cujacio, sulla legge 11 ff. *de annuis legatis.* Bisogna osservare, dice questo giureconsulto, se colui il quale ha costituita l' annua prestazione, sia per atto tra vivi sia per testamento, ebbe intenzione di provvedere ai bisogni del creditore, o semplicemente facilitare il pagamento al suo erede dividendolo per annate, *an vitae consuluerit eorum quibus ea reliquerit, an heredi suo parcere voluerit.* Nel primo

---

sione del 16 agosto 1817 nella causa tra Boumont ed Ayala, risolvè le seguenti quistioni, 1. che la perenzione d' istanza abbracciando l' intera procedura in un grado di giurisdizione, ne segue da ciò che non possano dall' istanza di appello scindersi le opposizioni prodotte contro la decisione contumaciale, ma tutti gli atti cominciando dalla prima petizione fino all'ultimo atto in cui rimase la procedura non esclusa la decisione contumaciale rimangono annullati; 2, che la perenzione suddetta non avendo luogo nel silenzio dell' attor principale, e non essendosi domandata dal reo principale che solo avea dritto di domandarla, debbesi dar corso alla discussione delle opposizioni, e non dichiarar queste parzialmente perente.

caso, quello di una pensione alimentaria, tanti sono i legati, quanto le annualità; vale a dire che in ciascun anno si presume esservi un nuovo legato, il quale non può prescriversi che dal giorno in cui è divenuto esigibile: nel secondo non v' ha che una sola disposizione, una sola prestazione il di cui pagamento è diviso ed il di cui dritto dee per conseguenza prescriversi dal momento in cui la prima rata è divenuta esigibile. La legge 18, §. 1, ff. *de alim. legat.* decide anzi che il creditore per causa di alimenti può domandare tutti i proventi scaduti: ma bisogna osservare in primo luogo che la prescrizione ad oggetto di liberarsi non è conosciuta nel digesto: e secondariamente che in tutti i casi questa decisione non potrebbe applicarsi al nostro dritto. L'art. 2177 † 2071 è formale su questo punto. Il favore degli alimenti non dee qui esser valutato per nulla: in effetti esso è fondato unicamente sulla supposizione che sono assolutamente necessarii per la sussistenza di colui al quale sono dovuti. Ora questa presunzione non può aver luogo nel caso enunato, poichè si suppone che il creditore ha lasciato scorrere cinque anni senza domandarli.

(35) *Le annualità delle rendite* ec. Altre volte questa prescrizione non era ammessa che per le annualità delle rendite perpetue costituite con capitale in contante.

(36) *Anche alimentarie.* (V. la nota 34 precedente.)

(37) *Soggiaciono egualmente a questa prescrizione.* E lo stesso circa gl' interessi dovuti dalla cassa di ammortizzazione. (*Parere del consiglio di stato* approvato il 24 marzo, 1809, *bollett.* n. 4208.)

Ma osservate che in generale questa prescrizione non può essere invocata che dai debitori delle rendite o degl' interessi, e non da quelli che avessero esatto le annualità a nome del creditore, per qualunque titolo, come sequestratarii, mandatarii, ec. (*Decisione del ministro delle finanze contro la regia de' demanii*, sotto la data del 14 decembre 1810. (Sirey, 1812, 2. parte, pag. 143.) Ed in effetti, si tratta allora dell' azione di mandato, la quale a norma di tutte le azioni ordinarie, non si prescrive che col decorso di trent' anni.

(38) *Le pigioni delle case, ed i fitti de' beni rustici.* Anticamente i pigioni e i fitti si prescrivevano col tra-

scorrimento di cinque anni, da computarsi però dallo spirar de'contratti. (Ordinanza di gennaro 1649 art. 142.)

(39) *O a termini periodici più brevi.* Vi sono altresì delle prescrizioni di cinque anni stabilite dagli articoli 64 † 62, 189 † 195 e 432 † 424 del codice di commercio; evvi benanche una prescrizione di trent' anni stabilita dagli articoli 151 † 150, 152 † 151 e 155 † 154 dello stesso codice. (V. i miei *istituti di dritto commerciale.*)

(40) *O della revoca del patrocinatore*, ovvero dal giorno in cui egli ha cessatto dalle funzioni in seguito della soppressione del suo officio. Così fu giudicato in cassazione il 19 agosto 1816 (Sirey, 1817, 1. parte pag. 378) (a).

(41) *Si prescrivono col decorso di un anno.* V. ancora delle prescrizioni di un anno negli art. 108 † 103 e 433 † 425 del codice di commercio.

(42) *Quella de' mercatanti* Ciò è fondato sul riflesso che molto raramente si ritirano quietanze de' pagamenti che si fanno ai mercatanti. *Quid* riguardo ai particolari che vendono derrate de' loro poderi? Io credo che bisognerebbe distinguere. Se le vendono in grosso, la disposizione dell' art. 2272 † 2178 non è loro applicabile. Altrimenti, se le vendono a minuto: mentre vi ha egual ragione di decidere: e d' altronde non potendo essi vendere a minuto senza prendere una patente, sono d'allora riputati mercatanti.

(43) *Ai particolari non mercanti.* Non così fra mercatanti. Hanno costoro altri mezzi di pruova che mancano ai semplici particolari. Primieramente hanno essi i loro libri; ed oltre a ciò, i tribunali di commer-

(a) Degli avvocati non si fa motto nel codice francese nè nelle nostre leggi civili. *Quid juris*? La legge del 15 luglio 1809 avendo stabilita tra noi una sola camera di avvocati coll' incarico di dar l' avviso sul compenso dovuto agli avvocati e patrocinatori (art. 5 detta legge), e questi ultimi funzionando ordinariamente da avvocati e patrocinatori, sembra che per analogia debba correre la stessa prescrizione riguardo ai soli avvocati, essendo la stessa la materia e l'azione. Tal' era ancora l' antica prescrizione per entrambi giusta la decisione delle quattro ruote dell' abolito S. R. Consiglio contenuta nella pramm. 3 *de praescript.* di cui facemmo parola nelle osservazioni a questo titolo.

cio hanno maggior latitudine dei tribunali civili per ammettere le pruove. (a).

(44) *Di consegne a credenza di servizii, e di lavori.* Quindi qualunque somministrazione, consegna a credenza ec. vien riguardata come un credito distinto che si prescrive separatamente col decorso di un anno o di sei mesi, da computarsi dal giorno in cui sia stata fatta. Ciò è di facile applicazione riguardo alle somministrazioni de' mercatanti. Quanto agli altri crediti, qualche spiega è necessaria. Ecco qual è su tal proposito la mia opinione.

Pei maestri ed institutori il tempo corre di mese in mese.

Per gli osti o *trattori*, ciò dipende dal termine stabilito pel pagamento; se il debitore paga ogni quindici giorni ovvero ogni mese, il tempo non dee correre che dal termine di ogni mese o di ogni quindicina. S' egli paga a giornate ovvero a pasti, il tempo corre di giorno in giorno,

Si dica lo stesso riguardo agli operai e giornalieri.

Quanto ai medici e chirurgi, siccome è uso di non pagarli che alla fine della cura, io penso, con Pothier n. 681, che il tempo dee decorrere soltanto dal giorno dell' ultima visita fatta per ciascuna malattia. Se però l' infermità fosse cronica ed avesse durato più anni, io credo che si potrebbe applicare la stessa disposizione che riguarda i mercatanti, e far decorrere la prescrizione da ciascuna visita. In tal sorta di malattie gli uffiziali sanatarii non han costume di aspettarne la fine per ottener delle somme in conto.

Quanto agli speziali debbono essi riguardo alle loro somministrazioni esser trattati come i mercatanti. Nei luoghi ove il medico o il chirurgo somministra le droghe, io credo che debba trattarsi per le somministrazioni come per le sue visite.

Circa i maestri che tengono in casa gli alunni, il tempo corre dal momento della scadenza di ciascun termine del prezzo della *pensione*.

(a) Non sono neppure applicabili ai mercanti le disposizioni dell' art. 2277 † 2183 sulla prescrizione quinquennale giusta l'arresto della cassazione di Francia del 3 frimale an. IX. (Sirey, vol. 1, parte 1, pag. 366) e la decisione dell' 8 gennajo 1806 (ivi vol. 7, parte 2, pag. 1120.)

Per gli altri maestri, da ciascun termine stabilito pel prezzo della istruzione.

Idem riguardo ai domestici. (a)

Io son di parere che debba farsi per gli uscieri la stessa distinzione che si è fatta pei medici, e che se per lo stesso affare sono stati necessarii più atti del loro ministero, la prescrizione non dee incominciare che dall' ultimo atto.

(45) *Un conto approvato, una cedola od obbligazione,* S' intende qui per *cedola* una privata scrittura, (b) (costumanza di Parigi, art. 127), per *obbligazione*, un atto di notajo, e per *conto approvato* una ricognizione del debito apposta appiè della nota delle somministrazioni. In tutti questi casi non si prescriverebbe l'azione che col decorso di trent' anni, salva l' esecuzione delle leggi relative alla prescrizione in materia di commercio.

(46) *Od una citazione giudiziale non perenta.* In questo caso se non vi è stata sentenza, la prescrizione rimarrà interrotta fino a che l' istanza non sarà perenta. Se la perenzione non ha luogo, la prescrizione si presumerà non essere mai stata interrotta; se vi è sentenza nasce da essa una nuova azione detta *judicati*, la quale non si prescrive che col decorso di trent' anni.

Ma con quale spazio di tempo potrà acquistarsi la perenzione? Il termine ordinario è di tre anni, o di tre anni e mezzo, secondo le circostanze. (V. la nota 32.) Ma alcuni autori pensavano anticamente che riguardo alle azioni le quali si prescrivono con un termine più breve, come sono la più parte di quelle di cui si tratta in questa sezione, la perenzion doveva acquistarsi oollo stesso tempo che si richiedeva per estinguere l' azione. Davano essi per motivo di questa opinione, che sembrava contraddittorio esigere sei mesi soli, per esempio, onde estinguere l' azione, ad esigere poi tre anni e mezzo per estinguere la domanda, la quale non è che l' esercizio dell' azione medesima. Ma era un errore. È un principio che la domanda perpetua l' azione: *actio que tempore perit, litis contestatione perpetuatur.* (Argomento tratto dagli articoli 330 + 252, e 957 + 882) Se

(a) Vedete quel che abbiam detto sulla prescrizione de' salarii de' domestici nelle nostre osservazioni a questo titolo §. 3.

(b) Nel corrispondente nostro art. 2180 la voce *cedola* si è tradotta *polizza o chirografo.*

dunque la perenzione non esistesse, potrebbesi giustamente dire che fatta una volta la domanda, l'azione sarebbe perpetua. Il codice di procedura ha consacrato la perenzione, e non ha stabilito che una sola specie di termine per tutte le domande qualunque esse sieno. *Qualunque istanza*, dice l'art. 397 † 490 del detto codice, ec. Bisogna dunque aver per fermo che quanto alla perenzione non possono farsi distinzioni tra le diverse specie di azioni, e che lo stesso termine si richiede per tutte, salvo che se la perenzione siasi acquistata, siccome allora si presume la domanda non aver mai esistito, trovasi acquistata nel tempo medesimo la prescrizione dell'azione.

(47) *Eziandio di età minore o interdette.* Avvertite che in generale nella prescrizione al di là di cinque anni, il favore sta pel creditore contro al quale si prescrive, laddove in quelle di cinque anni o meno le quali sono fondate sulla presunzione di pagamento, il favore sta per colui che prescrive. Questa distinzione può esser utile allo scioglimento delle quistioni le quali possono sorgere intorno a tal soggetto.

(48) *Che la cosa sia tuttora dovuta. Quid*, se gli eredi offrono di affermare con giuramento e la vedova ricusa, o viceversa? L'azione sarà prescritta riguardo a quelli che offrono, e per la loro parte soltanto. Si dica lo stesso fra gli eredi, se gli uni offrano di giurare e gli altri ricusino.

Quid, se l'obbligazione è indivisibile? Io penso ch'essa non può essere in alcun modo eseguita; ma che si valuterà il pregiudizio che l'inadempimento reca al creditore, e che coloro i quali ricuseranno di giurare dovranno pagarne la loro parte. (Argomento dedotto dall'art. 1232 † 1185.) (a)

(49) *Della negligenza del creditore.* E d'altronde, per ciò che riguarda la prescrizione de' frutti, si è pensato che spesso sarebbe lo stesso che mettere il debitore in un grande imbarazzo ove si venisse a domandargli tutto in una volta il pagamento delle annualità accumulate, ch'egli avrebbe potuto soddisfare ben più facilmente di anno in anno.

(50) *In fatto di mobili.* Ciò non vuol dire solamen-

(a) Per altro V. Dufour e Malleville sull'art. 2277 del codice francese.

te che colui il quale possiede un mobile n' è riputato proprietario fino alla pruova contraria; mentre ciò è vero anche riguardo agl' immobili, almeno quando vi ha possesso di un anno ed un giorno. Ma significa che colui il quale possiede un mobile si presume esserne talmente proprietario che tranne i due casi di perdita o di furto, de' quali sarà or ora parlato, nessuno può dirigere l' azione di revindica contro di lui. È questa una disposizione particolare fondata sulla rapida circolazione de' beni mobili e sugl' inceppamenti che soffrirebbe il commercio se bisognasse assolutamente, sotto pena di correre il rischio dell' evizione, assicurarsi quando si compra un mobile che il venditore ne sia proprietario.

L' antico proprietario sarebbe egli ammesso a provare che il possessore era di mala fede quando acquistò il possesso? Sì; l'art. 1241 + 1194 sembra deciderlo.

Sotto il nome di mobili bisogna comprendere le rendite le quali sono attualmente mobili? Io nol credo D' altronde che si potrebbe intendere per le parole, *semplice possesso*, applicate alle rendite? Colui al quale si è pagato un terzo di rendita può dire che n'è in possesso; se ne conchiuderà egli che abbia dritto di farsene pagare in perpetuo e senza essere obbligato a produrre alcun titolo? Ciò sarebbe assurdo. Noi esamineremo più ampiamente la quistione al titolo del prestito. (V. nell'8. vol. la nota 27 al tit. XI.

Quid, se trattasi di una totalità di mobili, come di una successione mobiliare? Si tratta allora non della prescrizione ad oggetto di acquistare; ma di quella ad oggetto di liberarsi dall' azione detta *petizione di eredità*, prescrizione la quale non si acquista che col decorso di trent' anni. D' altronde si tratta allora meno della prescrizione delle cose le quali compongono la successione, che della prescrizione del dritto medesimo della successione. Ora ci sembra dimostrato che l' art. 2279 + 2185 non è applicabile alle cose incorporali, anche mobiliari. Applicate ciò che poco fa abbiam detto riguardo alle rendite.

Del resto giustamente si conchiude dalla disposione di questo articolo 2279, che l' azione possessoria non ha luogo in fatto di mobili. Dapoichè se nel caso il più favorevole agli attori, quello della perdita o del furto, la legge non accorda che la revindica, o, ciò che si riduce

allo stesso, l' azione petitoria, bisogna conchiuderne che in verun caso il possessorio non può aver luogo.

Osservate che l' azione di revindica di una cosa mobile il di cui valore è colla domanda fissato ad una somma la quale non eccede cento franchi, si produce innanzi al giudice di pace, il quale pronuncia anche in ultima istanza quando questo valore non eccede i cinquanta franchi. (L. del 24 agosto 1790 tit. 3, art. 9.) Starebbe diversamente la cosa qualora si trattasse di un azione immobiliare, a qualunque somma ammontasse.

(51) *Ove trattasi di una cosa perduta o rubata.* Quali sono i casi diversi da quelli di perdita o furto, ai quali sia applicabile la regola, che in *fatto di mobili il possesso vale per titolo*? Sono per esempio, se si è comprato di buona fede una cosa imprestata o depositata dal comodatario o dal depositario, ed altri casi simili (V. nel IX vol. la nota 16 al tit. VI; V. ancora l' art. 1241 † 1194.)

(52) *Dal giorno della perdita o del furto.* Osservate che ciò non si applica al ladro il quale non può invocare che la prescrizione stabilita dalle leggi criminali. (V. nel 1. vol. la nota 40 al tit. 11. pag. 230.)

(53) *Ancorchè di buona fede*, e salvo il di lui regresso contra colui dal quale l' ebbe.

(54) *O da un mercatante venditore di simili cose.* Queste eccezioni sono state introdotte in favor del commercio: altrimenti, chi vorrebbe mai comprare? Del rimanente la disposizione dell' art. 2279 † 2185 dimostra che non è sicuro il comprare oggetti mobili da persone le quali non si conoscono e che non fanno commercio di simili cose, mentre se tali oggetti fossero stati perduti o rubati, bisognerebbe restituirli senza indennità.

(55) *La detenzione di una cosa*, o *l'esercizio di un dritto*: Sia che si tenga o si eserciti da se stesso, o per mezzo d' un altro il quale la tiene o l' esercita in nostro nome.

(56) *Precariamente.* S' intendeva per *precario* presso i Romani un contratto il quale non differiva dal comodato se non in ciò: nel *precario* non vi era tempo stabilito per la restituzion della cosa la quale doveva essere renduta alla prima richiesta che ne avesse fatta il comodatario. Nel nostro dritto s' intende in generale per *pos-*

sesso precario qualunque possesso il quale non è a titolo di proprietà, *animo domini*.

(57) *Per qualunque decorso di tempo*. Si dica lo stesso del depositario, del comodatario, ec. Per la medesima ragione il capitano di un bastimento non può acquistarne la proprietà per mezzo della prescrizione, poichè possiede sempre a nome del proprietario. (Codice di commercio art. 430 + 422.)

Ma, si potrà dire, le azioni di deposito, di comodato, non possono forse prescriversi col decorso di trent' anni come le altre azioni? Ed allora se il depositario o il comodatario non acquistano direttamente la proprietà colla prescrizione ad oggetto di acquistare, non l' acquisteranno essi almeno indirettamente colla prescrizione ad oggetto di liberarsi, poichè non esisterà più alcuna azione efficace onde obbligarli a restituire?

Io rispondo che possono essi effettivamente col decorso di trent' anni esser liberati dall' azione personale di comodato, ma non già dall' azione reale o di revindica, poichè il vizio del loro titolo gl' impedisce di poter opporre la prescrizione ad oggetto di acquistare. Son essi dunque liberati da tutte le prestazioni personali che non potrebbero da loro esigersi se non per mezzo dell' azione di deposito o di comodato, non che dal prezzo della cosa, ove sia perita per loro colpa. Ma se la cosa è fra le loro mani, essa può esser rivindicata dal proprietario. *Quid* s' eglino l' abbiano venduta, donata, ec. Allora han commesso un furto punibile correzionalmente, come lo stabilisce il codice penale all' art. 408, e si dà luogo ad applicar la prescrizione in materia correzionale. (Codice penale art. 637 e 630.) (a)

(58) *Sono tenuti de' fatti di essi*. Alcuni autori aveva-

(a) La pena che stabilisce l' articolo 408 citato dall' autore, è di una prigionia di due mesi almeno, e di due anni al più, con un' ammenda che non può eccedere il quarto delle restituzioni e dei danni ed interessi dovuti alle parti lese, nè esser minore di venticinque lire. Le nostre leggi penali hanno trattata la materia delle frodi con maggior esame e con più distinzione. Veggansi su di ciò gli art. 430 a 436. Lunga sarebbe la discussione per notare tutte le varietà tra l' una e l' altra legislazione, e 'l rispettivo merito della redazione dei corrispondenti articoli. Noi ci riserbiamo farlo colla maggior diligenza ed esattezza possibile nel nostro *Corso di giurisprudenza penale*.

no preteso che gli eredi dell' usufruttuario potevano prescrivere, atteso che non si può dire ch' essi posseggono collo stesso titolo del defunto, mentre l' usufrutto finisce con la morte dell' usufruttuario. Nondimeno l' opposta opinione era prevalsa, e venne confermata dall' art. 2237 e † 2143 del codice.

(59) *Possono bensì prescrivere.* Nè osta la regola: *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*; mentre qui colui che prescrive non tiene il dritto di prescrivere dall' affittuale, dal depositario, ma bensì direttamente dalla legge la quale ha detto: chi possiede una cosa a titolo di proprietario, può acquistarne la proprietà colla prescrizione.

Quid, se l' acquirente conosce il vizio del possesso del suo venditore? Fa d' uopo distinguere: se trattasi di un immobile, ne risulterà solamente la differenza nel foro esterno che la prescrizione si perfezionerà soltanto col decorso di trent' anni, mentre dieci o venti ne sarebbero bastati se l' acquirente fosse stato di buona fede.

Se trattasi di un mobile, siccome chi aliena la cosa di cui non ha che un possesso precario commette un furto, come l' abbiam detto di sopra; chi l' acquista scientemente è complice del delitto, quindi punibile colle stesse pene, e può invocare le stesse prescrizioni. Se non è provato ch' egli abbia avuto cognizione del vizio del possesso del suo venditore, gli si applicherà la disposizione degli art. 2279 † 2185 e 2280 † 2186.

(60) *Ad effetto di prescrivere.* Ho aggiunto queste parole, poichè vi son de' casi in cui il possesso può acquistarsi *ignoranti.* (L. 1. cod. *de adquir. vel retin. possess.*) Così, io ho incaricato un tale di acquistare un fondo in mio nome: il mio mandatario ha fatto la compra, ed ha ricevuto la consegna egualmente in mio nome. Io ne ho acquistato il possesso tostochè il fondo venne a lui consegnato, e quantunque io non conosca ancora la consegna; ma la prescrizione non potrà cominciare che dal giorno in cui ne avrò avuta cognizione. (*Dicta lege* 1.) Bisogna però su tal proposito osservare:

1. Che onde io posso acquistare, *etiam ignorans*, il possesso di una cosa da un altro ricevuta, conviene primieramente che questa persona sia stata da me incaricata di ricevere la detta cosa. Altrimenti, ancorchè l' avesse ricevuta in mio nome, io non ne acquisterei il possesso

che dal momento in cui avessi ratificato l'acquisto. (L. 42 §. 1 ff. *eodem.*) In effetti dando il mandato di acquistare la cosa, io aveva intenzione di acquistarne il possesso; la quale intenzione non può supporsi nel secondo caso. Conviene inoltre che colui che ho incaricato di far l'acquisto abbia acquistato per me; giacchè qualora egli avesse ricevuto la cosa in suo proprio nome, io non ne acquisterei il possesso che dal momento in cui me l'avesse effettivamente consegnata. (L. 1, §. 20 ff. *eodem*).

2. Che il principio a norma del quale non si può prescriver la cosa posseduta *ignorans* se non dal momento in cui si conosce essere stata consegnata a colui che fu incaricato di acquistarla, dee unicamente applicarsi alla prescrizione di dieci o venti anni, la quale esige titolo e buona fede. In effetti questo principio ha per base che la buona fede si definisce l'opinione in cui alcuno sta di essere proprietario. Ora non si può avere questa opinione prima di sapersi che la cosa venne acquistata da quegli in cui se ne affidò l'incarico. Ma ciò non può applicarsi alla prescrizione di trent'anni per la quale non richiedesi nè titolo nè buona fede, e la quale è piuttosto una esclusione dell'azione del proprietario che un acquisto della proprietà.

(61) *Da esso ignorato*, e quand' anche lo conoscesse, non comincia a possederlo che dal momento in cui se ne sarà impossessato, poichè *possessio solo animo non adquiritur.* (L. 3, §. 3, ff. *de adquir vel admitt. possess.*)

(62) *Gli atti di violenza.* Sia che la violenza sia stata esercitata contro del proprietario, o di qualunque altro possessore; se in una parola il possesso fu acquistato con la violenza. (L. 8 ff. *de vi et de vi armata.*

Quid, se il possesso pacificamente acquistato in principio è stato ritenuto per violenza? Bisogna distinguere: se il possesso fu ritenuto contro del vero proprietario, si presume che sia violento: *vi intelligitur possidere*, dice la legge 6. §. 1. ff. *de adquir vel amitt. possessione.* Diversamente poi se sia contro di un terzo il quale non teneva il suo dritto dal proprietario. (L. 1, §. 28 ff. *de vi et de vi armata* che dev'esser intesa appunto riguardo a questo caso.)

(63) *Ma essa può incominciare quando la violenza è*

cessata. Che voglion dire queste parole, *quando la violenza è cessata*? Presso i Romani non solamente lo spogliatore, ma quegli altresì che aveva acquistato da lui, anche di buona fede, non poteva prescrivere. La violenza imprimeva sulla cosa sottratta un vizio che impediva la prescrizione riguardo a chicchessia, fino a che il vizio non fosse stato purgato, vale a dire sino a che la cosa non fosse tornata nelle mani del proprietario. Nel dritto attuale come si ha da intendere la cessazione della violenza? In sulle prime, se trattasi di oggetto mobile, evvi furto ed anzi furto punibile criminalmente (Codice penale art. 385); si applicherà dunque allo spogliatore la prescrizione stabilita in materia criminale. Se trattasi poi di un mobile, quando si può dire che la violenza abbia cessato? Siccome per determinare il carattere del possesso, al suo cominciamento conviene principalmente aver l'occhio, *illud sciendum est non omnibus momentis vim esse faciendam sed semel inter initia facta perseverat.* (L. 3, §. 1 ff., *quod vi aut clam*): indi segue che il possesso acquistato per violenza continua ad avere lo stesso carattere, quand' anche divenisse in appresso pacifico e tranquillo. Questo principio è consacrato primieramente dagli art. 2230 † 2136 e 2231 † 2137 i quali provano che in fatto di possesso sempre convenga considerarsene il cominciamento; ed in secondo luogo dallo stesso articolo 2233 † 2139 del codice il quale dice, che gli atti di violenza non possono stabilire un possesso capace d'indurre la prescrizione. Basta dunque che il possesso sia stabilito su di un atto di violenza perchè non possa servir di base alla prescrizione: *semel inter initia facta perseverat.* A me sembra dietro ciò, che bisogna intendere la cessazione della violenza del caso in cui chi ha acquistato il possesso per violenza, ha pure acquistato un nuovo possesso del medesimo oggetto, in forza di un nuovo titolo. Nè osta il primo paragrafo dell'art. 2233 ov'è scritto che *il possesso utile comincia quando la violenza è cessata*; giacchè ivi dicesi il possesso *utile*. Ora dalle citate leggi e dallo stesso articolo 2233 risulta che il possesso stabilito su di un atto di violenza, cioè che ha cominciato colla violenza, non può esser utile per la prescrizione. Bisogna dunque intendere il primo paragrafo riguardo al caso in cui chi prescrive l'oggetto ne abbia acquistato il possesso in forza di un

nuovo titolo; o piuttosto io son d' avviso non aver questo paragrafo avuto altro motivo che di abrogare il principio del dritto romano secondo il quale, come ora lo dicevamo, il vizio della violenza non poteva purgarsi col ritorno della cosa in mano del proprietario: laddove nel dritto attuale basta che il titolo del primitivo possesso sia stato cambiato dal proprietario o da un terzo, perchè la cosa divenga prescrittibile. In vero i *motivi* sembrano dire il contrario. Ma lo ripetiamo, come determinare altrimenti l' epoca in cui cessa il possesso d' essere stabilito sulla violenza?

(64) *Colle seguenti presunzioni*; le quali sono semplicemente presunzioni di dritto, poichè non escludono la pruova in contrario.

(65) *Gli atti di pura facoltà e quelli di semplice tolleranza*, poichè quegli a di cui pro questi atti hanno avuto luogo, non può dire d' aver posseduto per se stesso e come proprietario. Del rimanente per determinare ciò che si debba intendere per atti facoltativi o di tolleranza, e per conciliare il principio contenuto nell' art. 2232 + 2138 col dritto di acquistare le servitù per mezzo della prescrizione consacrato dall' articolo 690 + 611, bisogna entrare in alcuni particolari. Primieramente cosa intendesi per atto di pura facoltà distinto dall' atto di tolleranza? Ecco, almeno a mio credere, la regola che può seguirsi intorno a questo proposito.

Bisogna supporre per un momento che si può acquistare un dritto qualunque in forza di questi atti; ed in detta ipotesi vedere se il dritto che si acquisterebbe sarebbe una servitù affermativa o negativa. Nel primo caso, l' atto è di tolleranza; nel secondo, è facoltativo. Alcuni esempii chiariranno meglio la quistione.

Io per cento anni non ho fabbricato sul mio terreno, benchè avessi il dritto di farlo. Se fosse possibile che da questo fatto di non costruzione risultasse un dritto in favore del proprietario vicino, sarebbe una servitù negativa: dunque l' atto è dalla mia parte un atto facoltativo.

Ho lasciato per cento anni pascolare il bestiame su di una terra non dissodata. Se i proprietarii del bestiame potessero acquistare un dritto in virtù di questo permesso, sarebbe una servitù affermativa. L' atto è dunque dalla mia parte un atto di tolleranza.

È chiaro che in questi due casi la prescrizione non-

può aver luogo, e per conseguenza bisogna dire che in tutti i simili casi, gli atti facoltativi o di tolleranza non possono dar luogo alla prescrizione. Pertanto, si dirà, poichè vi sono delle servitù che possono acquistarsi senza titolo e con la prescrizione; e poichè in questo caso il possesso non può stabilirsi che su di un atto facoltativo o di tolleranza dalla parte del proprietario del fondo serviente, il principio consacrato nell' art. 2232 non è dunque generalmente vero: ed allora come riconoscere i casi di eccezione? La risposta a tal quistione trovasi nell' articolo 690 da cui risulta che solo le servitù apparenti possono acquistarsi colla prescrizione; vale a dir quelle che si annunziano con opere esteriori. « Ora in » questo caso, dice l' oratore del consiglio di stato (*discorso con cui fu presentata la legge sulle servitù*); » quando esistono lavori apparenti, ne risulta un possesso » che essendo accompagnato d'atti patenti e speciali ripetuti nel corso di trent' anni, può esser considerato » come la conseguenza di convenzioni pattuite tra i due » proprietarii o i loro autori ».

Ed altrove: « Gli atti giornalieri e patenti esercitati per sì lungo tempo senza verun richiamo, hanno un carattere proprio a far presumere il consenso » del proprietario vicino: il titolo istesso ha potuto perdersi, ma il possesso rimane, ed i suoi effetti non saprebbero essere messi da banda senza ingiustizia ».

Dunque allorchè vi sono lavori esistenti da trent'anni, deesi presumere che vi sia stata non solo una semplice tolleranza, ma benanche qualche convenzione particolare di cui si è perduta la traccia.

Avvertite del resto che la disposizione dell' art. 2232 non può applicarsi che alla prescrizione ad oggetto di acquistare. La prescrizione ad oggetto di liberarsi è in effetti sempre fondata su di un atto facoltativo dalla parte del creditore. Certamente nulla è più facoltativo quanto le procedure da esercitarsi da lui contro del suo debitore.

(66) *Sia per una causa derivante da un terzo.* Ho preso un fondo in affitto da Paolo. Sino a che le cose rimangono in tale stato, non posso prescrivere, ancorchè fossi io stato cinquanta anni senza pagare il fitto. Ma Giacomo si presenta come proprietario del medesimo fondo, non importa a qual titolo. Egli mel vende: io pos-

so prescrivere contro Paolo computando dal giorno della vendita che mi è stata fatta da Giacomo.

Ma *quid*, se fosse provato che il fittajuolo sapeva non esser Giacomo il proprietario? In questo caso particolare la prescrizione, a mio giudizio, non può aver luogo neppure col decorso di trent'anni. È chiaro in effetti che si riguarderebbe Giacomo come un uomo di paglia messo in agguato dal fittajuolo; ed il principio del possesso si presumerebbe allora cambiato da lui solo; il che rientrerebbe nel caso dell'art. 2240 † 2146.

(67) *Sia per opposizioni fatte.* Bisogna che vi sia stata contraddizione. Così, come or ora l'abbiamo detto, un fittajuolo che fosse rimasto anche cinquant'anni senza pagar fitto, non ha cambiato il suo titolo se non è stato convenuto in giudizio; se non che l'azione di pagamento è prescritta per tutte le annualità anteriori alle ultime cinque. (Art. 2277 † 2183.) Ma se citato a pagare il fitto, egli ha ricusato pretendendo esser proprietario, egli ha cambiato il titolo e può d'allora prescrivere se il proprietario non fa alcun atto ulteriore. Non si può dire che abbia cambiato egli solo il titolo del suo possesso; il proprietario si presume avervi concorso cessando dalle istanze: *qui non prohibet cum prohibere possit, consentire videtur.*

Osservate la differenza che passa tra questi due casi di cambiamento: nel primo, quello della nota precedente, siccome fa d'uopo che il fittajuolo sia nella buona fede, egli potrà prescrivere col decorso di dieci o venti anni, laddove nel caso della nota presente, siccome al contrario il fittajuolo è di mala fede, non potrà prescrivere che col trascorrimento di trent'anni.

(68) *Non è applicabile alla prescrizione ad effetto di liberarsi*: poichè effettivamente in questa specie di prescrizione sempre si prescrive contro al suo titolo.

(69) *E che prova.* Appartiene dunque a colui che allega il possesso il provarlo. Ma come si farà questa pruova? 1. Con atti di possesso, come contratti di affitto, ruoli di fondiaria ec.; e 2. colla pruova testimoniale. Il possesso è un fatto del quale non possiamo sempre procurarci la pruova scritta. Dunod, *delle prescrizioni*, cap. IV, pensa ancora e fondatamente, che chi possiede ed ha un titolo, dee sino alla pruova in contrario presumersi aver posseduto dalla data del titolo.

(70) *Salva la pruova in contrario.* Qual dovrà essere l'oggetto di questa pruova? Basterà il provare che chi invoca la prescrizione non ha posseduto corporalmente durante tutto il tempo intermedio? No. Il possesso acquistasi in verità *corpore et animo*, ma solo *animo retinetur*, finchè un altro non possiede. Bisognerà dunque provare che l'oggetto è stato posseduto per più di un anno da un'altra persona (art. 2243 † 2149); o almeno che la prescrizione è stata interrotta, sia civilmente nel modo indicato dall'art. 2244 † 2150, sia naturalmente colla ricognizione del possessore (art. 2248 † 2154.)

(71) *Per più di un anno.* Più di un anno bisogna perchè siasi acquistato il possesso onde intentare l'azione possessoria. (Cod. di proced. art. 23 † 127.) Bisogna dunque lo stesso tempo per perderlo.

Quid, se colui che prescriveva è stato con violenza spogliato? Se ha cessato di possedere per più di un anno la prescrizione non n'è meno interrotta. (L. 5, ff. *de usurpat.*). Apparteneva a lui intentare l'azione di reintegra, ed allora si presumerebbe non aver mai cessato di possedere. (L. 17, ff. *de adquir. vel admitt. possess.*

(72) *E stato riconosciuto dal possessore.* Se, per esempio, sia provato che il fittuale che aveva comprato il titolo del suo possesso, ha in seguito pagato il pigione o il fitto.

(73) *Nullo per difetto di forma.* Perciò bisogna ben distinguere il titolo nullo dal titolo vizioso. Il titolo nullo non può servire per la prescrizione, ma non l'impedisce; il titolo vizioso l'impedisce. S'intende per titolo vizioso quello il quale non dà che un possesso precario dell'oggetto, come un affitto, come una concessione di usufrutto.

Bisogna del resto badare che non si tratta nell'art. 2267 † 2173 del caso in cui si è acquistato con un titolo nullo dal vero proprietario; mentre allora non occorre la prescrizione ad oggetto di acquistare, bastando che la nullità non sia domandata nel termine prescritto dalla legge. Trattasi del caso in cui con un titolo nullo si è acquistato da una persona che non era proprietaria. Il vero proprietario revindica; quale prescrizione potrà essergli opposta? Sarà forse quella di dieci o venti anni?

L'articolo decide che no, poichè il titolo essendo nullo è come se non esistesse. Or per questa prescrizione è necessario assolutamente un titolo.

Ma, si dirà, l'azione di nullità non durando che dieci anni, ne risulta che dopo questi dieci anni, il titolo non può più essere impugnato; esso divien dunque valido, e la prescrizione dee cominciare a decorrere. Almeno dopo dieci anni, il titolo che nel principio era nullo per difetto di forma può servir di base alla prescrizione di dieci o venti anni.

Io rispondo che un titolo nullo per difetto di forma è sempre nullo e riguardo a tutti, anche dopo spirato il termine stabilito dall'art. 1304 † 1258. A dir vero la nullità non può più esserne domandata da chi v' intervenne come parte, nè da' suoi successori o aventi causa; ma non è men vero che pur allora chi non ha in suo favore che un simile titolo ritiene la cosa meno in virtù del suo titolo quanto perchè chi la reclama non è ammessibile ad impugnarlo; *non proprio jure sed defectu juris alieni*. Così, un immobile è stato donato con privata scrittura. Il donante è morto, e dieci anni sono trascorsi dopo la sua morte. I di lui eredi reclamano l' immobile. Il donatario opporrà loro giustamente l' eccezione ch'essi han lasciato scorrere il tempo accordato dalla legge per intentare la loro azione. Egli sarà dunque assoluto dalla domanda, non perchè sia realmente proprietario dell' oggetto reclamato; ma perchè i suoi avversarii sono inammessibili ad impugnare il di lui dritto. Egli vien posto presso a poco nello stesso livello del possessore il quale ritiene la cosa senza aver bisogno di provare ch'egli è proprietario, ogni qual volta un altro non prova che quella proprietà gli appartiene. Ma chiaramente apparisce che l' eccezione d' inammessibilità risultante dall'essere spirato il termine stabilito dall' art. 1304 † 1258, non può opporsi che a coloro i qualiessendo intervenuti nell' atto sia per se stessi, sia per quelli ch' essi rappresentano, sono obbligati onde arrestarne l' effetto a farne pronunziare la nullità, e non hanno altro mezzo onde farsi restituire la cosa di cui si tratta. Ma quì il proprietario non è intervenuto nell' atto il quale è perciò a lui assolutamente estraneo. Egli non ha dunque bisogno dell' azione di nullità. Egli procede con quella di revindica: se gli si oppone la prescrizione di dieci

o venti anni, replicherà producendo il difetto del titolo nel quale non è intervenuto nè per se stesso nè per quelli che rappresenta, e di cui è d' altronde sempre in tempo di opporre la nullità: *perpetua ad excipiendum*. D' altronde bisogna aver per fermo, e tal si aveva anticamente, che il termine della domanda di rescissione non comincerebbe a decorrere in tutti i casi contro ai non intervenuti nell' atto, che dal giorno in cui n' ebbero notizia, cioè fu loro opposto. (V. ROUSSEAUD DE LA COMBE, *verbo* RESTITUTION EN ENTIER, sez. 1. n. 5.) Fino allora in effetti si presume ignorarsi in forza di qual titolo il possessore dell' oggetto ne ha acquistato il possesso.

Quid, se il titolo è nullo nel fondo? Bisogna distinguere: Se la nullità fosse d' ordine pubblico, (come se ha una causa illecita o sia un patto sopra una successione futura), siccome un simil titolo non può essere opposto, e che d' altronde la nullità può esserne domandata da tutti coloro che hanno interesse, è come se non vi fosse titolo; per conseguenza la prescrizione di dieci o venti anni non potrà aver luogo. Ma se la nullità era soltanto relativa, siccome realmente essa non esiste che riguardo a coloro nell' interesse de' quali è stabilita, è manifesto che riguardo a tutti gli altri il titolo si presume valido, e può quindi servir di base alla prescrizione.

(74) *Sia provato*, poichè la buona fede si presume sempre, come fra poco vedremo.

(75) *Il legato*, a titolo particolare, ma non il legato universale ovvero a titolo universale. Questi due ultimi legatarii sono successori a titolo universale, poichè son tenuti ai debiti: *succedunt in jus et vitia defuncti*. Bisogna dunque applicar loro ciò che fra poco direm dell' erede. (V. POTHIER, *della prescrizione*, n. 118).

La divisione sarà un giusto titolo? Riguardo agli eredi no, poichè come lo vedemmo nel titolo *delle successioni*, ogni condividente nulla acquista da' suoi coeredi: ei si presume tener tutto immediatamente dal defunto. Non può dunque prescrivere che per altrettanto e come poteva prescrivere il defunto.

Quid riguardo ai socii? Onde risolvere tal quistione, bisogna entrare in alcuni particolari.

Vedremo nel titolo *della società*, che tutte le regole delle divisioni fra' coeredi si applicano alla divisione

tra socii. Bisogna dunque considerare che quest' ultima divisione è, come la prima, soltanto dichiarativa di proprietà. Indi segue che il socio condividente non si presume aver nulla dagli altri socii; che se le cose le quali gli cadono in porzione son quelle da lui conferite nella società, egli si presume possederle allo stesso titolo con cui le possedeva in quel momento; che se sono altre cose, si presume esserne stato proprietario dal momento in cui furono conferite. D' altra parte bisogna notare che la società è un essere morale nella di cui persona si presume continuare il possesso.

Ciò posto ci faremo a percorrere i diversi casi che possono incontrarsi. Vediamo primieramente quello in cui l' immobile è stato conferito nella società da uno de' socii.

Se colui che ha conferito l' immobile poteva prescrivere, vale a dire s' egli non possedeva a titolo precario, la prescrizione cominciata nella di lui persona continuerà a vantaggio della società; e se compiesi durante la società, questa ne divien proprietaria; onde nell' epoca dello scioglimento, la divisione si esegue come se l' immobile avesse in ogni tempo appartenuto alla società. Se il tempo della prescrizione non è consumato prima dello scioglimento suddetto, continua a decorrere in favore del socio cui toccherà in sorte l' oggetto.

Quanto al tempo richiesto per la prescrizione, bisogna distinguere: se il socio che ha conferito l' immobile era di buona fede, basterà la prescrizione di dieci o venti anni. Se però in conseguenza della divisione l' immobile cadesse nella parte di un socio di mala fede, questi non potrebbe prescrivere che col decorso di trent' anni, da computarsi dal giorno in cui cominciò a possedere chi conferì l' immobile.

Se il socio che ha conferito fosse stato di mala fede, converrebbe ancora distinguere: Se l' immobile gli scade nella divisione, siccome si presume sempre ch' egli lo possegga in forza dello stesso titolo, avrà bisogno della prescrizione di trent' anni per acquistarne la proprietà. Val lo stesso qualora scada ad un altro socio che sia egualmente di mala fede; ma se quest' altro socio è di buona fede, potrà prescrivere col decorso di dieci o venti anni, da computarsi però dall' epoca della divisione. Non già che il suo titolo di acquisto non si presuma risalire

al tempo in cui l'oggetto è stato conferito dall' altro socio, nè che non sia benanche riputato possedere dall' epoca suddetta; ma perchè per la prescrizione di dieci o venti anni non basta aver acquistato e possedere; bisogna ancora sapere che si è acquistato e che si possiede (l. 47, ff. *de usurpat.*); mentre per questa prescrizione è necessaria la buona fede la quale è *justa opinio quaesiti dominii.* Or non si può avere una giusta opinione se non si ha prima un' opinione: *oportet prius esse quam esse talis.* Non si può dunque avere la buona fede, vale a dire la giusta opinione d' esser proprietario se non dal momento che ci è noto aver noi acquistato l' immobile. Ora nell' ipotesi, il socio non ha questa notizia che dal momento della divisione: la prescrizione non può dunque correre che da quel momento medesimo. Egli può del resto, se vi trova alcun vantaggio, rinunziare a questa prescrizione per attenersi a quella di trent' anni; ed allora potrà computare non solamente il tempo del possesso di colui che recò la cosa nella società, ma benanche il tempo della società medesima non che il suo proprio.

Se il socio che ha conferito la cosa nella società possedeva a titolo precario, si applicheranno le stesse disposizioni; se non che la prescrizione di trent' anni comincerà a decorrere solo dal giorno in cui l' immobile sarà stato conferito, e se scade al socio che l' ha messo, questi non potrà mai opporre la prescrizione.

Se l' oggetto fu acquistato dalla società durante la di lei esistenza, come si deciderà se fu acquistato di buona o di mala fede? Io credo che bisognerà considerare la buona o la cattiva fede di chi era incaricato di far le compre per conto della società; ed applicare i principii corrispondenti. (Argom. tratto dalla legge 2, §. 10, ff. *pro emptore.*)

Quid tra conjugi maritati con la regola della comunione? Bisogna fare presso a poco le stesse distinzioni, salve le avvertenze seguenti:

Se l'immobile fu messo nella comunione dal marito, e ch' egli l' abbia acquistato di buona fede, siccome egli è quel che possiede finchè regge la comunione, continua durante la medesima a correre la prescrizione di dieci o venti anni, e dopo il suo scioglimento, in favore di quello de' conjugi nella di cui parte caderà l' immobile.

Se il marito era di mala fede, ma che nondimeno il suo titolo non fosse vizioso, la prescrizione di trent' anni cominciata nella sua persona continuerà durante il matrimonio, ed anche dopo, sia che l' immobile ricada nella sua parte o in quella della moglie. In quest' ultimo caso però, se la moglie è di buona fede potrà prescrivere col decorso di dieci o venti anni, ma computandoli dall' epoca soltanto della divisione. Se il titolo del marito era vizioso, la prescrizione non potrà correre finchè duri la comunione.

Se l' immobile è stato messo nella comunione dalla moglie di buona fede, si applicherà ciò ch' è stato detto del caso in cui era messo dal marito di buona fede. Se però il marito era di mala fede, io credo che non può esservi luogo se non alla prescrizione di trent' anni. Porto questa opinione perchè il possesso della donna maritata sotto la regola della comunione, cessa nel momento del matrimonio e passa alla comunione rappresentata dal marito. Bisogna dunque in questo caso considerare la comunione, cioè il marito, come un acquirente a titolo singolare. Ora un simile acquirente quando sia di mala fede, non può prescrivere col decorso di dieci o venti anni, non ostante la buona fede del suo autore. Dunque nel nostro caso, la comunione o il marito non potrà altrimenti prescrivere che col decorso di trent' anni; ma potrà allora unire al tempo del suo possesso quello che aveva sua moglie nell' epoca del matrimonio.

Quid, se per effetto della divisione l' immobile scade alla moglie? Se in quell' epoca ella è ancora di buona fede, potrà prescrivere col decorso di dieci o di venti anni, ma computandoli dalla divisione soltanto. Il suo possesso anteriore al matrimonio non potrà giovarle, poichè fu interrotto da quello del marito ch' era di mala fede. Se però il matrimonio fosse durato meno di un anno, la prescrizione non si presumerebbe essere stata interrotta. Se nell' epoca della divisione la moglie era di cattiva fede, non potrà far valere che la prescrizione di trent' anni; ma potrà allora unire al suo possesso attuale quello ch' ebbe prima del matrimonio e quello che ha avuto luogo durante il matrimonio medesimo. È lo stesso ove, quantunque sia di buona fede, ella trovi maggior profitto ad invocare la prescrizione di trent' anni.

Se la moglie che ha conferito l' immobile era di ma-

la fede e che il marito fosse stato di buona fede, la prescrizione di dieci o venti anni correrà durante la comunione, e se l'immobile scade al marito egli ne resterà proprietario, se la prescrizione si è compiuta durante la comunione; se no, continuerà a correre a suo vantaggio.

Se l'immobile scade alla moglie, ella non potrà prescrivere se non quando saranno scorsi trent' anni dopo che ha cominciato a possedere prima del matrimonio, e ciò quand' anche la prescrizione di dieci o venti anni si fosse compita durante la comunione. Dapoichè in questo caso, quantunque la moglie avesse cessato di possedere, poteva sempre esser soggetta all' azione reale, *quia dolo desierat possidere.* Quest' azione ch' era nata sin dal momento in cui ella avea cominciato a possedere, non poteva essere prescritta che dopo trent' anni. Dunque *ec.*

(76) *Della cosa da lui posseduta.* E come non si può dire che colui il quale ignora che ha acquistato crede esser proprietario ne segue, come l'abbiamo detto, che se il mio procuratore ha comprato un fondo in mio nome senza ch' io lo sappia, quantunque io possegga per lui il fondo dal momento che gli è stato consegnato, nondimeno la prescrizione di dieci o venti anni non comincerà a correre a mio favore che dal giorno in cui sarò stato informato dell' acquisto. (L. 47 ff. *de usurpat.*) Diversamente però se si trattasse della prescrizione di trent' anni.

L'errore di dritto può servir di base alla prescrizione di dieci o venti anni? No. (L. 31, ff. *de usurpat.*, ed argom. tratto dall' art. 2262 + 2168.) Non già che debba essere alcuno considerato come di mala fede perchè errò in quanto al dritto (L. 25, §. 6, ff. *de heredit. petit.*), ma perchè in generale l'ignoranza di dritto *non prodest adquirere volentibus.* (L. 7, ff. *de juris et facti ignor.*)

(77) *All' epoca dell' acquisto.* Si è ammesso il principio del dritto romano, secondo il quale *mala fides superveniens non interrumpit usucapionem.* Prima del codice seguivasi il dritto cononico, il quale esigeva la buona fede in tutto il tempo del possesso.

Ma cosa ha da intendersi pel momento dell' acquisto? Nel dritto romano e nell' antico dritto francese non eravi difficoltà, mentre non si acquistava la proprietà che mercè la tradizione. Or la tradizione era l'immissio-

ne in possesso. Si acquistava dunque nel tempo stesso e la proprietà ed il possesso; quindi era necessario che la buono fede esistesse non solo nel tempo del contratto, ma in quello benanche della tradizione. Attualmente che la proprietà si acquista nel momento del contratto e col contratto medesimo, basta forse che vi sia la buona fede in detto tempo, o pure è necessario che essa continui sino alla tradizione? Ed in secondo luogo, la prescrizione correrà in favore dell' acquirente dall' epoca del contratto o soltanto da quella della tradizione? Io credo circa il primo punto, che eziandio secondo i principii del dritto romano sia ora sufficiente che la bnona fede esista nel momento del contratto, poichè sol d'allora si presume l'acquirente divenir proprietario, come per lo addietro il diveniva con la tradizione. Quanto alla seconda quistione sembra più difficile risolverla, giacchè onde poter prescrivere bisogna possedere. Ora se la proprietà può acquistarsi *animo solo*, non si può dir lo stesso riguardo al possesso, il quale non può acquistarsi che *corpore et animo*. (L. 3, §. 1. ff. *de adquir. vel admitt. possess.*) *Il possesso è la detenzione di una cosa*, dice l' art. 2228 ✝ 2134; ma d'altra parte il possesso non può acquistarsi *corpore*, se non per via della tradizione. Sembra dunque più consentaneo ai buoni principii il decidere che anche attualmente la prescrizione non possa decorrere che dal giorno della tradizione.

(78) *Quando egli abita*. Sembra considerarsi la residenza e non il domicilio. Ed in effetti ciò è più conseguente. Si vuole che il proprietario sia stato in grado di vedere che il suo fondo era posseduto da un altro: or ciò gli è molto più facile quando il fondo sta nel luogo della sua residenza, o in altro luogo vicino.

(79) *E situato l'immobile che si prescrive*. Questo è pure un cambiamento all'antico dritto, ed è ben ragionevole. Anticamente non si considerava la presenza o la non presenza del proprietario che riguardo alla persona la quale prescriveva. Quando entrambi dimoravano entro i limiti della stessa podesteria, vi era presenza; se no, vi era assenza. Si è meglio avvisato col non considerar la presenza che relativamente allo stesso immobile. A che mi gioverebbe il dimorare entro la stessa giurisdizione o nella stessa città che Pietro? Sarei perciò più istruito ch' egli ha acquistato e che possiede per mezzo

di un fittajuolo un mio podere a cento leghe di distanza? Certamente io ne sarei ben più facilmente informato se dimorassi nelle vicinanze dello stesso fondo. Indi risulta che ove si prescriva contro lo stato non occorrono in tutti i casi che dieci anni; poichè si presume che lo stato sempre sia presente per l'organo de' suoi agenti.

(80) *Per uno di presenza.* Se dunque il proprietario ha, per esempio, dimorato sei anni entro la giurisdizione ed il rimanente del tempo fuori di essa, bisogneranno quattordici anni a prescrivere l'immobile.

È chiaro che siavi un errore di redazione nell'articolo 2266 + 2172; dapoichè nel caso da noi ora proposto, ove si seguisse letteralmente l'articolo, bisognerebbe aggiungere a ciò che manca ai dieci anni di presenza, vale a dire a quattro anni, un numero di anni doppio di quel che manca, vale a dire otto, il che farebbe dodici anni, e ciò non avrebbe alcun senso. Ma è chiaro che si è voluto dire quel che noi abbiamo significato nel testo.

(81) *Universale o particolare.* Ciò richiede qualche spiega. In effetti è indubitato in sulle prime che se il titolo dell'autore fosse vizioso, vale a dire precario, il successore a titolo universale anche di buona fede, non potrà prescrivere; *succedit enim in vitia defuncti.* (L. 2. cod. *de fructibus.*) E se l'autore senza aver titolo vizioso, ha nondimeno acquistato di mala fede, il successore universale anche di buona fede, non potrà prescrivere che col decorso di trent'anni; in una parola egli non ha altro titolo, altro possesso, all'infuori di quelli del suo autore; ed egli non può prescrivere che altrettanto e nello stesso modo che il poteva il suo autore egli stesso.

Quanto al successore a titolo singolare, egli ha una causa di possesso che gli è propria; ei non succede ai vizii del suo autore. In conseguenza la cattiva fede di questi non può a lui pregiudicare. Egli potrà dunque sempre, ove sia di buona fede, prescrivere col decorso di dieci o venti anni da computarsi dal momento in cui ha cominciato a possedere, *potest a semetipso incipere usucapionem.* Ma ciò è riguardo a lui meramente facoltativo; egli può dunque unire al suo possesso quello del suo autore, qualora vi trovi più vantaggio. Secondo il dritto romano, questa unione di possesso non aveva sul

principio luogo per mezzo dell' usucapione che riguardo al successore universale. Un rescritto degl' imperatori Severo e Antonino estese questo favore al venditore ed al compratore (§. 8, *instit. de usucap.*); ed i giureconsulti lo applicarono quindi a tutti i successori a titolo singolare. Ma bisogna avvertire che il possesso dell' autore e quello del successore, quantunque riuniti, non formano meno due possessi distinti. Ed in ciò quest' unione di possesso differisce da quella che ha luogo tra il defunto e l' erede. In quest' ultima i due possessi confondonsi *ipso jure*; è sempre il possesso del defunto che, come lo abbiam detto, continua in persona dell' erede. Il cominciamento dunque di questo solo possesso è quel che bisogna considerare, senza alcun riguardo alla buona o cattiva fede dell' erede.

Non è lo stesso relativamente al successore a titolo singolare. Egli può in verità unire al proprio possesso quello del suo autore; ma questi due possessi non son perciò meno separati; e non bisogna meno considerare il cominciamento del possesso del successore per determinare la natura della prescrizione ch' egli potrà opporre.

Indi segue che, non ostante la buona fede dell' autore, il successore di mala fede avrà sempre bisogno della prescrizione di trent' anni. (L. 2, §. 17. *pro empt.*), pel compimento della quale potrà però aggiungere al proprio il possesso del suo autore.

E reciprocamente, se l' autore è di mala fede, il successore di buona fede, come l' abbiam veduto, non potrà meno prescrivere col decorso di dieci o venti anni; ma la prescrizione non principierà allora a decorrere che dal punto in cui egli cominciò a possedere: come altresì nel caso in cui l' autore di mala fede avesse già un lungo possesso, di venticinque anni per esempio, il successore, anche di buona fede, potrà trascurare la prescrizione di dieci o venti anni, e compiere a preferenza quella di trenta, la quale nella specie non esigerà dalla sua parte che cinque anni di possesso.

Osserviamo finalmente che qualunque sia il tempo richiesto per la prescrizione, compita una volta, ha essa un effetto retroattivo sino al momento in cui è incominciata. Così colui il quale ha acquistato un immobile in forza della prescrizione si presume esserne stato il proprietario dal momento in cui cominciò a possederlo

Questa osservazione è importante in più circostanze e specialmente pel caso della comunione, come vedremo in appresso.

Se colui che prescrive viene a perdere la cosa prima del compimento del termine richiesto per la prescrizione, potrà egli rivendicarla? Parmi che sì. Questo è l'oggetto dell'azione *publicia*, come i Romani la chiamavano, della quale in verità il codice non fa menzione, ma che, fondata sui principii dell'equità, come quasi tutte le azioni pretorie, debb' essere certamente mantenuta.

L'azione *publicia* era dunque quella per mezzo della quale chi aveva perduto il possesso di un oggetto ch' ei possedeva in virtù di questo titolo ma emanato *a non domino*, poteva, ancorchè non ne fosse ancora divenuto proprietario per mezzo della prescrizione, rivendicarlo contro qualunque possessore che non fosse il vero proprietario.

Noi diciamo *in virtù di questo titolo*, vale a dire di un titolo traslativo del dominio. In effetti o colui che reclama possedeva senza titolo, ed allora non può intentare l'azione publicia, unicamente fondata sulla giustizia di preferire chi ha un titolo a chi non l'ha: o egli aveva un titolo precario, ed allora non può intentare che l'azione risultante dal suo titolo.

Contro qualunque possessore ec. Se però il possessore attuale ha egualmente un giusto titolo, bisogna distinguere: se i due titoli emanano *ab eodem non domino*, colui che ha il più antico debb' essere preferito. *Si a diversis non dominis, melior est causa possidentis.* (L. 9, §. IV. ff. *de publiciana.*)

Osservate del rimanente, 1. che la publicia la quale è una vera azione petitoria, non può essere necessaria che in mancanza dell'azione possessoria. Se dunque colui che ha perduto il possesso è ancora nel tempo utile per agire in possessorio, non ha da esitare a prendere questa via, poichè allora non ha bisogno di produrre alcun titolo.

2. Che lo stesso vero proprietario può qualche volta aver interesse ad agire per mezzo dell'azione publicia, poichè se questa non l'assolve dal presentare un titolo, lo esenta almeno dal provare che colui dal quale il titolo emana era egli stesso proprietario.

(82) *Ad eccezione di alcuni casi che sono ben rari.* Questi casi per esempio sono:

1. Quelli in cui l' azione è intentata contra l' erede del debitore, ed in cui questi ha delle ragioni probabili da credere che il debito fu soddisfatto dal defunto;

E 2. quando avviene che pel fatto del creditore, il debitore non ricava alcun vantaggio dal non pagamento del debito. Per esempio, una donna che aveva debiti si è maritata sotto il regime della comunione legale. Uno de' suoi creditori che avrebbe potuto farsi pagare durante il matrimonio, ha lasciato prescrivere il suo credito. La comunione si scioglie; la moglie vi rinuncia: Ma potrà in sicurezza di coscienza opporre la prescrizione al creditore obbiettando che s'egli avesse fatto valere la sua azione durante la comunione, avrebbe potuto esser pagato; ch' ella non trae verun vantaggio dal non esser egli stato pagato, poichè è obbligata a rinunciare alla comunione; ch' ella soffrirebbe al contrario dal pregiudizio d' aver egli tardato sì lungo tempo ad agire, talchè l' indennità che l' è dovuta a motivo di questo pregiudizio, si compensa con l' ammontare del debito che nel foro interno egli ha dritto di ripetere contro di lei.

Si dica lo stesso del minore che abbia da esercitare delle ripetizioni contro il suo tutore e che può, se questi sia divenuto insolvibile, opporre la prescrizione al creditore che non ha promosso alcuna istanza giudiziale durante il corso della tutela.

TAVOLA

DELLE MATERIE CONTENUTE NEL SESTO VOLUME.

LIBRO TERZO.

DEI DIFFERENTI MODI COI QUALI SI ACQUISTA LA PROPRIETÀ.

TITOLO V.

Osservazioni.

TITOLO VI.

Della prescrizione.

Osservazioni.

Note e spiegazioni.